

UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

UNIDAD DE POSTGRADO

**La Reforma del artículo 173° del Código Penal
Peruano (Ley N° 28704):**

problemas, propuestas y alternativas (El consentimiento en los
delitos contra la libertad sexual de menores)

TESIS

para optar el grado académico de Magíster en Derecho con Mención en
Ciencias Penales

AUTOR

Miguel Ángel Sánchez Mercado

Lima-Perú

2009

*Había escuchado sobre esta ley
y sentí (...) miedo de que me quitaran a mi bebe.
(...) me estaba preparando para tenerlo,
para que tenga un buen cuidado.
(...) no quería ir al hospital porque tenía miedo de que me lo quitaran
cuando diera a luz (...) o que me mandaran a un internado (...)
y allí ya no podía cuidarlo.
Adolescente madre*

*Cuando fui a mi control perinatal
una amiga me contó que no la querían dejar salir con su bebe,
que su mamá y ella tuvieron que escaparse del hospital (...)
Cuando yo di a luz, (...) me dijo que no vaya a ese hospital
porque “te van a quitar a tu bebe y no te van a dejar salir”.
Y me dio un poco de temor
Adolescente 16 años*

*Que si vas al hospital te van a retener y no te van a dar a tu bebe.
Y a tu pareja lo van a meter preso porque ante la ley es una violación.
Que a tu pareja lo van a meter preso porque así,
aunque tú hayas estado de acuerdo, ante la ley es una violación.
Adolescente de 17 años*

(“De la protección a la Amenaza”, Promsex, Lima, 2007, pp. 18-20)

	ÍNDICE	Pág
	Introducción.....	7
	Capítulo I	
	Planteamiento Metodológico	15
1.	El Tema de investigación.....	15
2.	Planteamiento del Problema.....	15
2.1.	Diagnostico situacional.....	15
2.2.	Formulación de preguntas e hipótesis de investigación.....	17
2.3.	Variables	19
2.4.	Objetivos de la Investigación.....	21
2.5.	Finalidad.....	22
2.6.	Justificación de la Investigación.....	22
2.7.	Delimitación (Amplitud o generalidad).....	23
3.	Marco Teórico.....	23
3.1.	Marco Histórico.....	23
	1. En el Perú.....	23
	1.a) Investigaciones empíricas preexistentes...	23
	1.b) Investigaciones Jurídicas preexistentes....	24
	2. En otros países.....	26
3.2.	Marco Teórico propiamente dicho.....	27
	1 Teorías esbozadas entorno al problema	27
	1.a) Teoría que será usada en nuestra investigación	29
3.3.	Marco conceptual o conceptos referenciales	29
5.	Definición del Tipo de investigación.....	30
6.	Selección del diseño de Investigación.....	30
7.	Determinación del Universo, selección de muestra, unidad de análisis	31
	7.1. Universo.....	31
	7.2. Muestra.....	31
8.	Técnica e instrumentos de recolección de datos.....	32
	8.1. Técnica de recolección de datos.....	32
	8.2. Instrumentos de recolección de datos.....	33
9.	Contratación de hipótesis	33
10.	Ordenamiento y análisis de datos	34
11.	Informe final.....	38
12.	Bibliografía sobre metodología de investigación.....	39

	Capítulo II		
	Desarrollo sistemático de las instituciones jurídicas comprendidas en el Marco Teórico de la investigación		40
I.	Cuestiones Generales.....		41
	1.1.	Material de casos.....	41
	1.2.	El Marco legal punitivo de la legislación sexual en el Perú....	42
	1.	Base jurídico-penal aplicable el año 2006.....	46
	2.	Base jurídico-penal aplicable el año 2004.....	46
	3.	Base criminologica (estadísticas oficiales)	47
	1.3.	Sexualidad adolescente a nivel nacional.....	49
	1.4.	Porcentaje de mujeres que han tenido relaciones sexuales según grupo de edad ..	51
	1.5.	Sexualidad adolescente en Lima Metropolitana.....	54
	1.6.	La relación sexual y su entorno cultural.....	61
II.	Análisis crítico de la eficacia del sistema penal para instaurar un tipo de moralidad o forma de vida.....		63
	2.1.	Definición de indemnidad sexual.....	69
	2.2.	Presunción contra el reo.....	72
	2.3.	Fallas en la sistemática de proporcionalidad de las penas ...	75
	2.4.	Críticas a las causas de justificación.	78
	2.5.	Críticas sobre la base de la valorización del consentimiento por dinero	81
	2.6.	Críticas sobre la base de la valorización del consentimiento por engaño	82
III.	Actitud de los operadores jurídicos.....		84
	3.1.	Sector que rechaza valorar el consentimiento.....	85
	3.2.	Sector que acepta la valoración del consentimiento. La praxis jurisprudencial de la Corte Suprema.....	86
	1.	El artículo 45° del Código penal.....	89
	2.	El artículo 46° del Código penal.....	90
IV.	Valoración Axiológica que subyace a la regulación penal.....		95
V.	Consecuencias no deseadas.....		97
	5.1	Disfunciones respecto al sector médico	99
VI.	Posibilidad de una eventual exención de responsabilidad del autor. El principio de auto responsabilidad.....		102
	6.1.	El tratamiento en el derecho comparado.....	111
VII.	Breve referencia a la evolución legislativa en la materia del consentimiento sexual.		114
	7.1.	La edad del matrimonio	114
	7.1.1.	El Código Civil de 1852	114

	7.1.2.	El Código Civil de 1936 (Ley N° 8305)	115
	7.1.3.	La reforma penal de Velasco Alvarado (1974)	116
	7.1.4.	El Código Civil de 1984 (Decreto Legislativo N° 295)....	117
	7.2.	Evolución legislativa relacionada a los actos contrarios al pudor ...	118
	7.3.	Evolución legislativa relacionada al consentimiento sexual (violación presunta)....	121
VIII.	Investigaciones empíricas y jurídicas sobre la sexualidad juvenil. Encuentros y desencuentros		124
	8.1.	Investigaciones empíricas	126
	8.1.1.	La Investigación del Fondo Mundial el 2007 en el Perú	127
	8.2.	Las investigaciones jurisdiccionales	127
	8.2.1	El Pleno Jurisdiccional Regional del 2007	129
	8.2.2	Acuerdo Plenario N° 7-2007 del 16.11.2007	127
	8.2.3.	Criticas al Acuerdo plenario N° 7-2007.....	139
		a) Criticas de María García Cantizano	139
		1. Presunta infracción al principio de culpabilidad.....	139
		2. Presunta infracción del principio de legalidad	141
		3. En relación con la valorización del consentimiento	142
		b) Criticas de Chinchay Castillo	144
		1. Observaciones al Acuerdo Plenario	149
	8.2.4.	Acuerdo plenario N° 4-2008 del 18.07.2008.....	151
	8.3.	Principios vinculados al análisis	159
	a)	El principio de proporcionalidad.....	159
		1. Examen de idoneidad.....	161
		2. Examen de necesidad	162
		3. Examen de proporcionalidad en sentido estricto ..	163
	b)	El principio de razonabilidad	163
	c)	El principio de culpabilidad	164
IX.	Propuestas para mejorar la funcionalidad, eficiencia y eficacia del sistema penal ...		165
	9.1.	De aplicación inmediata.....	166
	9.2.	A mediano y largo plazo.....	167
	9.3.	Usos de otros medios de control social.....	168
	9.4.	Características de las adolescentes embarazadas	169
		1. Nivel de educación.....	169
		2. Salud de las mujeres.....	170
X.	Conclusiones.....		175
XI.	Recomendaciones.....		177
XII	Bibliografía.....		178
XIII	Anexos.....		194
	§1.	Legislación nacional e internacional aplicable en el Perú.	195
	a)	Código del niño y del adolescente	195
	b)	Documentos internacionales ratificados por el Perú	195
		b.1 Convención Internacional sobre los derechos del niño...	195
		b.2 Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales	195

	b.3	Convención sobre la eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la mujer (DEDAW).....	196
	§2.	Extracto de la legislación latinoamericana	197
	§3	Países del mundo según la edad legal del consentimiento sexual	201
	§4	Pleno Jurisdiccional Regional Penal sobre Explotación sexual y comercial de los niños, niñas y adolescentes ...	210
	§5	Acuerdo Plenario de la Corte Suprema N° 7-2007/CJ-116	215
	§6	Acuerdo Plenario de la Corte Suprema N° 4-2008/CJ-116	219
	§7	Jurisprudencia.....	224
	a)	Sumillas	225
	b)	Jurisprudencia Nacional.....	233
	§01	Consulta: 2716-2007	234
	§02	Consulta: 2224-2007	244
	§03	Consulta: 637-2008	246
	§04	16° Juzgado Penal de Lima, Exp. 247-2006	252
	§05	1ª Sala Penal del Cono Norte de Lima, Exp. 2617-2006	254
	§06	2ª Sala Penal de Arequipa, Exp. 2156-2006	259
	§07	2ª Sala Penal de Arequipa, Exp. 1753 -2007	274
	§08	3ª Sala Penal de Chiclayo, Exp. 3530-2007 (17-371)....	281
	§09	3º Juzg. Invest. Preparatoria de Trujillo, Exp.3312-2007	285
	c)	Jurisprudencia Extranjera.....	304
		Colombia	
	§10	Juzgado Primero del Circuito, Antioquia	305
		España	
	§11	Tribunal Supremo, Resolución 4426/2004	314
	§12	Tribunal Supremo, Resolución 422/2005	321
	§13	Tribunal Supremo, Resolución 411/2006	326
	§8	Documentación referida a la retención de madres adolescentes	335
	§01	Informe N° 1181-2006-OGAJ/MINSA	336
	§02	Resolución Directoral N° 234-DG-INMP-06	337
	§03	Directiva N° 039-DG-INMP-2006	338
	§9	Proyectos legislativos presentados para la disminución de la edad del consentimiento sexual	340
	§01	Proyecto de Ley 14701/2005-CR.....	342
	§02	Proyecto de Ley 207/2006-CR.....	344
	§03	Proyecto de Ley 1055/2006-CR.....	346
	§04	Proyecto de Ley 3189/2008-CR	352
	§10	Informes favorables a los proyectos sobre disminución de la edad del consentimiento sexual	367
	§01	Informe favorable del Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social	368
	§02	Informe favorable del Ministerio de Justicia	371
	§03	Informe Favorable de la Defensoría del Pueblo	373

INTRODUCCIÓN

Esta tesis tiene como objetivo final excluir la tipicidad de los encuentros sexuales consentidos en el marco del art. 173.3 del Código Penal, estableciendo una nueva forma de interpretar los alcances del delito de violación sexual de menores, que haya su prototipo por antonomasia en los encuentros entre enamorados y convivientes que han procreado descendencia y, los encuentros sexuales entre menores de la misma edad, problemática que aún mantiene su actualidad, conforme se aprecia del Proyecto de Ley N° 3189/2008-CR, presentado recientemente en abril de este año.

La Corte Suprema de Justicia, el año 2007 (Consulta N° 2716-2007 del 07.11.2007), mostró su disconformidad con la actual Ley 28704, señalando que una de sus consecuencias sería que de tratarse de una relación sexual donde *“ambos (...) [intervinientes] son adolescentes (...) se convertirán [ambos] en infractores, (...) [y] se verán involucrados en un proceso judicial ante un juzgado de familia”*¹, realidad que se manifestó en una Resolución del Tribunal Constitucional, Exp. 02102-2008-PHC (27.06.08), que trataba del internamiento preventivo de un menor por haber mantenido relaciones sexuales con su pareja, otra menor de edad, aún cuando habría sido aquella “quien le propuso y

¹ Corte Suprema, Consulta N° 2716-2007, fund. 09, ídem, Defensoría del Pueblo, oficio 003-2007-DP/ANA (17.01.07), punto 3, ambos refiriéndose a la Ley 27337 (Código de los Niños y adolescentes), **Art. 183.**-Se considera adolescente infractor a aquel cuya responsabilidad ha sido determinada como autor o partícipe de un hecho punible tipificado como delito (...) en la ley penal, **Art. 184.**- El (...) mayor de catorce años, será pasible de medidas socio-educativas (...). // El (...) menor de catorce años, será pasible de medidas de protección (...). [modif. por D.Leg. 990 del 22.07.07], **Art. 217.**- El Juez podrá aplicar (...) [como] medida socio-educativa: (...) e) [la] Internación en establecimiento para tratamiento, **Art. 242.**- (...) El juez (...) podrá aplicar cualquiera de las siguientes medidas [de protección]: a) El cuidado en el propio hogar (...) con apoyo y seguimiento temporal por Instituciones de Defensa; b) Participación en un programa oficial o comunitario de Defensa con atención educativa, de salud y social; c) Incorporación a una familia sustituta o colocación familiar; y d) Atención Integral en un establecimiento de protección especial.

a (...) [su] insistencia (...) se mantuvieron las relaciones” (fd.1). El Tribunal Constitucional (fd. 3), señaló que valorar el argumento sobre una “irresponsabilidad penal (...), [basada en que] la agraviada habría propiciado voluntariamente las relaciones”, era un tema que “implica un juicio de reproche penal y valoración de las pruebas”², por lo que la respuesta debía porvenir de la aplicación de las categorías penales y no del fuero constitucional.

Proteger a los menores de edad es asegurar la supervivencia social, pero no basta con incrementar las penas sino en hacerlas eficaces. Así FEUERBACH enseñaba que *“sin el cumplimiento de la ley la amenaza carece de contenido”*³ y BECCARIA, que *“no es la crueldad de las penas uno de los más grandes frenos de los delitos, sino la infalibilidad de ellas”*⁴, pues si el que delinque confía en que no será descubierto, el monto de la pena no le será de interés.

La sexualidad entre adolescentes, es una realidad difícil de reconocer y regular en el Perú, como se aprecia de la Directiva 039-DG-INMP-2006 (01.09.2006) que ocasionó la retención de madres adolescentes menores de 18 años, en contra de su voluntad. La Corte Suprema, valientemente la ha reconocido y, por su parte, el Estado ha realizado investigaciones empíricas a través de Ministerio de Salud (1994)⁵, Instituto Nacional de Estadísticas e Informática (1998)⁶, CONAJU (2004)⁷ y el año 2007, contando con el apoyo del

² Finalmente se declaró improcedente la demanda de Habeas Corpus argumentando que se trataba de un tema a resolver en la jurisdicción de familia y, en el caso del internamiento preventivo del menor, el reclamo no procedía a l no tener la calidad de firme, siendo susceptible de impugnación.

³ Citado por ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, Civitas, Madrid, 1997, T.I., p. 90.

⁴ BECCARIA, *De los delitos y de las Penas*, Madrid, Aguilar, 1979, Cap. XV, pp. 131-132.

⁵ VEGA CENTENO, MINISTERIO DE SALUD, *Amor y sexualidad en tiempos del sida. Los Jóvenes de Lima Metropolitana*, Lima, 1994.

⁶ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS E INFORMÁTICA, *Encuesta Nacional de Hogares 1998*.

Fondo Mundial, advirtiendo la existencia de indicadores que demuestran que desde los 13 años de edad, se inician las relaciones sexuales voluntarias entre adolescentes. Realidad manifestada por igual en la capital de la República, básicamente en los pueblos jóvenes y barriadas, que descarta el recurso al error cultural (Art. 15 del Código Penal).

Los Acuerdos Plenarios 4-2007 y 8-2008 de la Corte Suprema, plantean una solución recurriendo nuevamente a un criterio cuántico-número, estableciendo un límite etario fijo, 16 años y 14 años respectivamente, lo que resulta ser más naturalístico que normativo.

El reto en este caso es correlacionar dos variables, la realidad corroborada científicamente y la norma jurídico-penal, construyendo una teoría que permita a los órganos de juicio y de persecución, una solución general que excluya las relaciones sentimentales de los procedimientos ante los juzgados de familia (adolescente-adolescente), tanto como ante los juzgados penales (adolescente-adulto), superando soluciones parciales como las del recurso a una analogía favorable que equipare al matrimonio, la unión que cuente con consentimiento de los padres⁸.

La solución propuesta no se centra en la exclusión de la antijuridicidad, sino en el de la propia tipicidad⁹, frente a un dato fáctico- científico que indica para el Perú un inicio sexual voluntario desde los 13 años de edad, en un contexto donde la Res. Directoral 234-DG-INMP-06 (01.09.2006) establece que el 13% de los nacimientos atendidos en la maternidad de Lima, corresponden a madres adolescentes.

⁷ COMITÉ NACIONAL DE LA JUVENTUD, Derechos Sexuales y Reproductivos de Adolescentes en el Perú, Lima, 2006.

⁸ Postula esta analogía, CHINCHAY CASTILLO, "El paso de ser al deber ser como problema de evaluación de la pertinencia del art. 173.3 del CP", disponible en www.lozavalos.com.pe

⁹ Coincide en la exigencia de una elaboración teoría, CHINCHAY CASTILLO, Op. cit.

Para lograr esta construcción teórica, nuestra tesis parte de la afirmación de que en una relación entre menores de la misma edad, la inexistencia de una víctima, permite deducir que es la ausencia “un abuso de superioridad”, lo que elimina la tipicidad y que aquello puede ser trasladado a la relación entre un adolescente y un adulto, bajo el análisis del rol de cooperación de la víctima, abarcada en la categoría de la “autoresponsabilidad”, que excluya el elemento “abuso de superioridad” en estas relaciones consentidas. Con ello se establece una relación directa entre la colaboración del adolescente (causa) y la ausencia de tipicidad en la conducta imputada (consecuencia).

De lo investigado en la tesis, nuestra conclusión es la siguiente: La atipicidad de la conducta radica en el rol de enamorada o conviviente, dicho con otras palabras, sólo cuando el nivel de participación del adolescente genera un conflicto entre el interés en persecución penal y el interés en mantener la unidad familiar o sentimental, que no supera el nivel de lo especialmente intolerable impuesto por el principio de subsidiariedad, la persecución penal entra en conflicto con los principios de “proporcionalidad”, “racionalidad” y “necesidad de pena”, conflicto que se soluciona mediante la declaratoria de atipicidad de la conducta. Este tránsito no es mecánico y depende de cada caso en concreto, sólo así se superan los tradicionales criterios de una interpretación cuántico - etaria y litero - gramatical y de la invalidez genérica del consentimiento de menores por debajo de una edad límite que muestra su inconsistencia cuando se tratan de actos sexuales un día antes de alcanzar dicha edad, lo que demuestra que se tratarían de paradigmas disfuncionales, que deben ceder frente a un análisis más profundo del hecho que se pretende regular, tal y como ocurrió, en parte, en la RN. 1175-2005-Madre de Dios, que verso sobre la relación sexual sentimental de una menor de 11 años con su pareja de 18, donde sin embargo debió predominar la atipicidad antes que la imposición de una pena suspendida¹⁰.

¹⁰ Corte Suprema de Justicia, Primera Sala Penal Transitoria, R.N. 1175-2005, Madre de Dios del 10.06.05

Al analizar la Ley 28704, que sanciona formalmente todos los encuentros sexuales con menores de 18 años de edad, se pretende responder a ¿cómo ha de actuar el juzgador frente a los encuentros sexuales voluntarios de enamorados y/o convivientes?. Nuestra hipótesis es que se los ha de excluir por atípicos en función al nivel de participación de la mujer, participación que se exterioriza ya sea en su declaración de voluntad favorable, su pre-disposición a convivir y/o a criar mutuamente su descendencia. En este contexto, el nivel de colaboración hace que el encuentro sexual sea visto no como cosa que sólo atañe al autor sino que es también asunto de la pareja sentimental, que cumple sólo el rol formalmente el rol de víctima.

Está superación de la determinación de la responsabilidad en función a un criterio etario, que es excesivamente rígido y en ocasiones meramente objetivo recurre al nivel de participación, de autoresponsabilidad del interviniente, que genera la atipicidad de la forma siguiente: Si y sólo si de suprimir mentalmente el consentimiento dado por el adolescente el hecho nunca se habría realizado (**teoría de la codicio sine qua non**), el hecho será atípico. La pareja es autoresponsable y debe asumir las consecuencias de sus propios actos.

Vistos de esta forma, los encuentros sexuales, días u horas antes del límite de edad, formalmente podrá ser abarcado por el texto de la ley, pero no superan el nivel de gravedad que exige el **principio de subsidiariedad** y son solucionados por otras formas de control social (**principio de fragmentariedad**), como el derecho civil, con la prestación de alimentos, reconocimiento de paternidad, matrimonio, etc; el sistema educativo, con la educación sexual, y el sistema de salud pública con el acceso a los medios anticonceptivos y atención médica del embarazo adolescente, etc.

Se puede objetar a nuestra tesis que la voluntad de la menor no tiene efectos jurídicos. Sin embargo ello no es exacto. El código del niño y

adolescente reconoce a los menores desde los 14 años¹¹, capacidad de responsabilidad como autores de infracciones a la ley penal sexual. El ordenamiento jurídico no es indiferente frente a la “*voluntad del menor*” ni a su “*capacidad de responsabilidad*”. En otras palabras, al cometer actos antisociales por infracción de la ley penal, no le sigue una indiferencia jurídica, sino que se puede llegar a recluirlos en un albergue. No guarda relación con la unidad del ordenamiento jurídico les reconozca su voluntad y capacidad para infringir leyes penales y no para su consentimiento en una relación sentimental.

La tesis propuesta no especulativa. Actualmente se recurre a la autoresponsabilidad de adolescentes para declarar la atipicidad cuando ambos intervinientes tienen la misma edad, de lo que se advierte la existencia del elemento “abuso de superioridad”, implícita en los delitos sexuales. Una conclusión opuesta no sólo sería absurda, sino que pasaría por atribuir ser autores-víctimas al mismo tiempo y a ambos adolescentes. Como alertó la Corte Suprema se corre el riesgo de que “[si] ambas personas son adolescentes estos se convertirán en “infractores” (...) ante un juzgado de familia”¹².

Como se adelanto, la atipicidad por grado de participación, encuentra su ejemplo por antonomasia en el rol de enamorados y convivientes. El artículo 173º.3 sanciona sólo formalmente la relación carnal con menor de 18 años con penas de 25 a 30 años. Pero como se ha dejado sentado, la edad en que se valora penalmente el consentimiento sexual no es uniforme y no sólo en el ámbito de menores infractores de la ley penal sexual, sino que en el derecho penal aplicable a adultos, se acepta la autorresponsabilidad sexual del menor, desde los 14 años para prostituirse (artículo 179-Aº)¹³ y civilmente desde los 16

¹¹ Art. 184 del Código de los Niños y Adolescentes.

¹² Corte Suprema de Justicia, Consulta Nº 2716-2007 del 07.11.2007, fund. 09.

¹³ Así se lee que “especialmente relevante es el reconocimiento, implícito o explícito (...) de que en (...) los delitos relativos a la prostitución se otorga relevancia punitiva al ejercicio de la libertad por menores”, DÍEZ RIPOLLÉS, “El objeto de protección del nuevo derecho

años al casarse, o incluso desde los 14 para actos civiles, en este último caso, cuando ha nacido su hijo (artículo 46) cuando implica por necesidad que ha mantenido el acto sexual antes de dicha edad, es decir “su incapacidad absoluta (...) cesa (...) sólo cuando el hecho [considerado] punible ya ha sucedido”¹⁴.

Nuestro trabajo ciertamente responde a una base empírico-científica comprobada, la sexualidad adolescente en el Perú, pero ello no implica fomentarla. Investigaciones médicas señalan que conlleva riesgo de aborto y enfermedades¹⁵ y en lo económico, interrumpen la formación de futuros profesionales y la generación de gasto público¹⁶ (*externalidades*). De esto último es evidencia de que en 1999, se debió emplear los fondos del entonces Seguro Escolar Gratuito para atender la salud de escolares embarazadas¹⁷, gastos que se incrementan con los costos de los servicios de fiscales, secretarios, jueces, vocales, etc., para procesar a enamorados y convivientes que termina con imposición de penas suspendidas condicionalmente de uno o dos años.

penal sexual” en *Derecho penal y discriminación de la mujer. Anuario de Derecho penal 1999-2000*, PUCP, Lima, 2001, pp. 64, 66 nota 61 y 71.

¹⁴ Corte Suprema, Consulta N° 2716-2007 del 07.11.2007, fund. 27.

¹⁵ “El embarazo (...) adolescente conlleva (...) riesgos para su salud y su bienestar psico-socio-económico. Cuando (...) tienen acceso a información y servicios (...) están dispuestos a retrasar la edad de inicio sexual”, BLITCHTEIN-WINICKI y otros, “Percepción y comportamientos de riesgo de ITS/VIH, en mujeres adolescentes inscritas para obtener su libreta militar en Lima y Callao 2001”, en *Anales de la Facultad de Medicina*, Vol. 63, N° 4, UNMSM, Lima, 2002, p. 259.

¹⁶ En una investigación con recién nacidos de madres de 11 a 19 años se determinó que entre 1992-1996 se atendió 13,392 nacimientos, de ellos 2,550 de madres adolescentes, representando una frecuencia de 19,04%, LICONA RENDÁN; HUANCO APAZA, “Riesgos en el recién nacido de madre adolescente en el Hospital Hipólito Unanue de Tacna” en *Revista Diagnóstico*, Vol. 39, N° 1, Enero-Febrero, Lima, 2000.

¹⁷ Ver el artículo “El Fenómeno del ñaño. El seguro escolar gratuito alumbró esta semana un problema embarazoso: la maternidad precoz. ¿Cómo atender ahora este parto?”, en *Revista Caretas*, N° 1558, Lima, 1999.

Desde la óptica político-criminal, es reprochable que la norma induzca a los abogados a pasar la condición de enamorados o convivientes como actos de prostitución para aprovechar la pena de 04-06 años de este último (art. 179-Aº) y evitar las de 25 a 30 años. La situación ha de cambiar, pero el derecho penal no es herramienta idónea para una transformación social, médica, moral y económica de la sexualidad adolescente. Un autor, MUÑOZ CONDE, manifestó con acierto que *“en esta materia casi nada es seguro y la mayoría de las afirmaciones se basan en el sentimiento, en la propia experiencia personal y otros datos difíciles de explicar y comprender racionalmente”*¹⁸. Para evitarlo la solución exige interrelacionar, medicina, sociología, psicología, estadística, derecho y moral.

En nuestro marco teórico desarrollamos la dogmática sobre el tema investigado en tres niveles, realidad social, en base a las estadísticas oficiales; en segundo lugar, el análisis crítico de la ausencia de sistemática y coherencia normativa, y por último, la actitud de los operadores jurídicos.

La tesis finaliza con nuestras conclusiones y recomendaciones acompañadas de la jurisprudencia y base legal pertinente para reforzar nuestras afirmaciones. Finalmente la bibliografía ha evitado las fuentes genéricas y ha preferido las más exhaustivas o especializadas, consignando a su vez las más recientes (criterio de antigüedad), sacrificando con ello abundancia por precisión.

¹⁸ MUÑOZ CONDE, Derecho penal. Parte especial, Tirant lo Blanch, Madrid, 1996, p. 384

CAPITULO I

PLANTEAMIENTO METODOLÓGICO

1. EI TEMA DE INVESTIGACIÓN: “LA REFORMA DEL ARTÍCULO 173º DEL CÓDIGO PENAL PERUANO (LEY Nº 28704) PROBLEMAS, PROPUESTAS Y ALTERNATIVAS” (El consentimiento en los delitos contra la libertad sexual de menores)

2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

2.1. DIAGNOSTICO SITUACIONAL

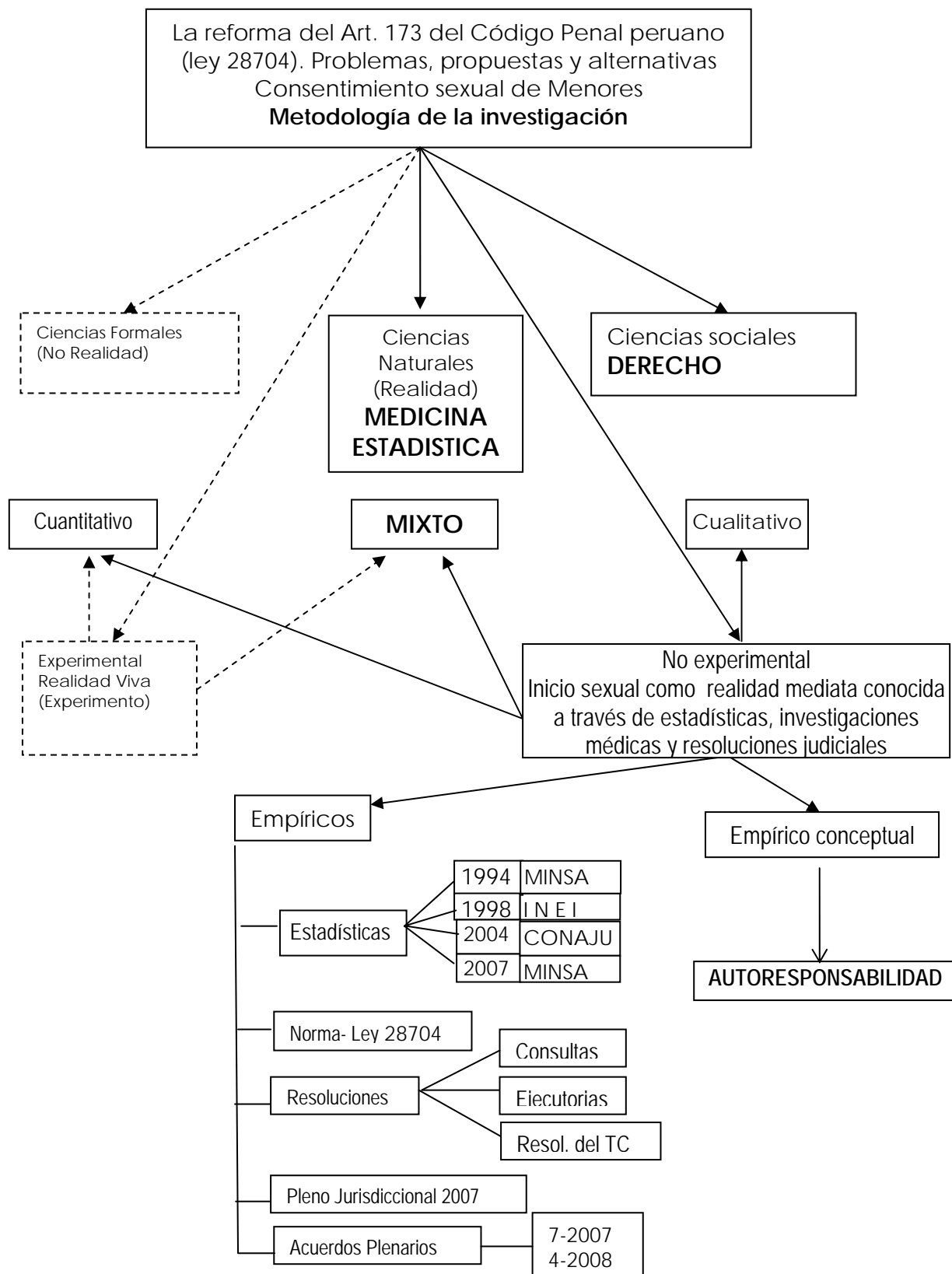
El año 1994, el Ministerio de Salud, en 1998, el Instituto Nacional de Estadística e Informática en la Encuesta Nacional de Hogares y el año 2007 nuevamente el Ministerio de Salud, en colaboración con el Fondo Mundial, en la investigación “Estudio de percepciones y actitudes acerca de las ITS, del VIH y el sida en jóvenes de 11 a 24 años de cinco ciudades peruanas”, demostraron la existencia del inicio sexual adolescente voluntario desde los 13 años de edad.

Antes de la ley Ley Nº 28704, se toleraban dichas relaciones sexuales desde los 14 años de edad, hasta que se modifico el artículo 173.3 del Código penal, prohibiéndolas antes de los 18 años de edad. Desde entonces el consentimiento sexual aunque realmente otorgado por los menores de 13 a (–) de 18 años, formalmente, dejo de ser valorado por los órganos de juicio y persecución.

Una de las consecuencias no previstas de esta norma es incluir en los procesos por infracción de la ley penal, ante el juez de familia a enamorados menores de edad, o en el proceso penal a enamorados y convivientes que han procreado descendencia cuando uno de ellos era menor de 18 años de edad. Los jueces deben decidir si dichos actos sexuales, mutuamente consentidos de enamorados y convivientes que han procreado descendencia y cuya pareja lo ha acompañado a lo largo de todo el proceso penal debe ser sancionado como violador sexual.

A la fecha había predominado una interpretación litero-gramatical del artículo 173º.3 con penas de 20 a 25 años de privación de la libertad y como consecuencia los órganos de juicio han tratado de solucionar el problema imponiendo penas suspendidas de 1 o 2 años o declarando su inconstitucionalidad o, por parte de la Corte Suprema mediante la disminución de la edad a los 14 años de edad, lo que ha sido criticado por un sector de la doctrina como violatorio del principio de legalidad exigiendo la aplicación de la norma tal y como esta formalmente regulada

En el aspecto medico, las adolescentes gestantes han dejado de asistir a los centros de salud para realizar el control de sus embarazos para evitar que sus parejas pudieran tener problemas judiciales, lo que pone en riesgo su vida y la del concebido y, en el aspecto jurídico-civil, se han visto impedidos de reconocer la paternidad para evitarse los problemas judiciales.



2.2. FORMULACIÓN DE PREGUNTAS E HIPÓTESIS DE INVESTIGACIÓN

PRINCIPAL:

Pregunta 1: ¿Cual es el efecto jurídico del consentimiento sexual de menores desde los 14 años de edad, en las relaciones sexuales entre enamorados y/o convivientes enmarcados en el art. 173.3 del Código Penal ?.

(Hipot₁) El consentimiento sexual elimina la tipicidad de los encuentros sexuales sentimentales.

SECUNDARIA:

Pregunta 2: ¿Qué explicación teórica fundamenta dicha declaración de atipicidad por consentimiento en los delitos sexuales?

(Hipot₂) La auto responsabilidad por colaboración es el fundamento de la ausencia de tipicidad.

Pregunta 3. ¿Se permite valorar el consentimiento sexual de menores desde los 14 años, a pesar del texto de la Ley N° 28704?.

(Hipot₃) La imposición de penas suspendidas por periodos de 1 o 2 años, la inaplicación del art. 173.3 por control difuso y los acuerdos plenarios, demuestran que el consentimiento es relevante para la tipificación de los actos sexuales previstos en el art. 173.3. del Código Penal.

Pregunta 4. Si la realidad demuestra la existencia de encuentros sexuales entre adolescentes desde los 13 años, ¿Es posible aplicar la anterior conclusión a los encuentros sexuales entre enamorados o convivientes entre 13-14 años de edad?.

(Hipot₄) La teoría de la atipicidad por autoresponsabilidad es aplicable a las relaciones entre enamorados y convivientes entre 13-14 años al verificar la existencia de una relación sentimental, convivencia o la procreación voluntaria de descendencia.

Pregunta 5. ¿Qué requisitos se exigirían?

(Hipot₅) Se exigiría la demostración de una relación de enamorados y convivientes, el acto sexual mutuamente consentido y una diferencia etaria no significativa.

2.3. VARIABLES

a) Variable Independiente ($Vd_{(x1)}$) = Entrevistados que declararon un inicio sexual consentido desde los 13 años de edad en las encuestas desarrolladas en el Perú entre 1994 a 2007.

A.1. Indicadores (Índice (y_1))

Porcentaje de mujeres entrevistadas que hayan declarado:

1. Relación de enamorados
2. Vínculo de convivencia.
3. Procreación de hijos.
4. Consentimiento de los padres de la pareja.

A.2. Unidad de análisis: Declaración de entrevistados en las encuestas.

A.2. Unidad de análisis: Atención médica de adolescentes embarazadas

b). Variable Dependiente ($V_{i(x_2)}$) = Sentencias absolutorias en procesos penales de mayores de edad por el art. 173.3 cuando ha mediado el consentimiento del adolescente.

B.1. Indicadores (Índice (y_2))

Porcentaje de sentencias que han declarado la absolución.

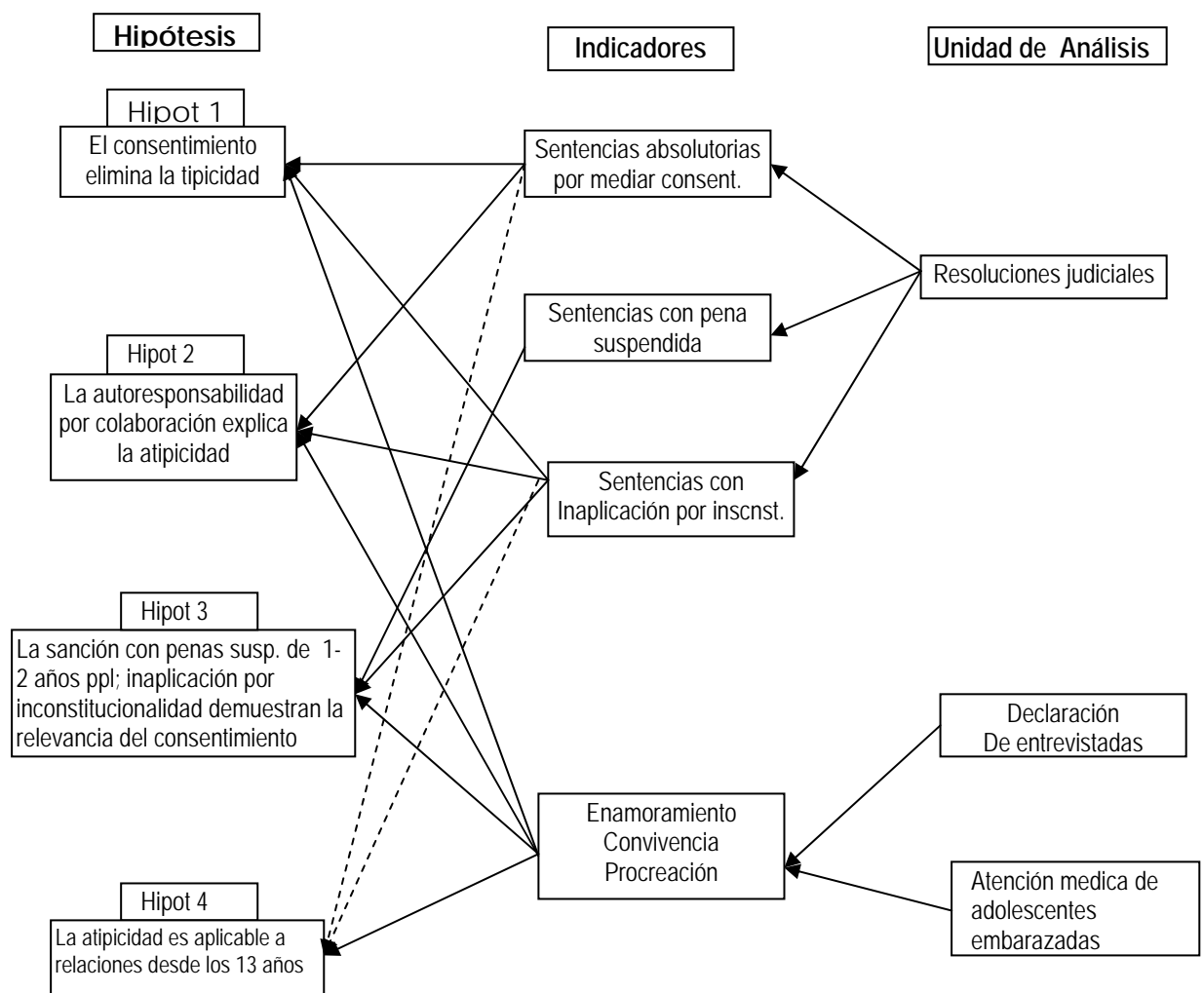
Unidad de análisis: Resoluciones judiciales

c) Variable Dependiente ($V_{i(x_3)}$) = Sentencias con pena suspendida por periodos de 1 o 2 años impuestas a mayores de 18 años de edad en relación con el art. 173.3.

c.1. Indicadores (Índice (y_3))

Porcentaje de sentencias que han impuesto sentencias con ejecución de la pena suspendida por periodos de 1 o 2 años

Unidad de análisis: Resoluciones judiciales



2.4. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

Objetivo General:

Desarrollar una teoría que permita afirmar la atipicidad de los encuentros sexuales consentidos entre enamorados y convivientes que supere el recurso a un límite fijo de edad y que sea aplicable a los convivientes desde los 13 años de edad.

Objetivos específicos:

2. Evidenciar la existencia de estadísticas que establecen la edad del inicio sexual de la población peruana desde los 13 años de edad.
3. Analizar el valorar el consentimiento sexual de las mujeres desde los 13 años.
4. Establecer criterios que permitan valorar el consentimiento y colaboración de las mujeres desde los 13 años, cuando mediado una relación de enamorados y convivientes

2.5. FINALIDAD: Permitir un tratamiento homogéneo y no la disparidad de criterios entre absolución o condena evitando recurrir a penas suspendidas, ausencia de pruebas, incoherencia en la imputación de la víctima, error cultural, error sobre la edad, al advertirse que ha mediado una relación sentimental, introduciendo en el derecho penal peruano el criterio de la auto responsabilidad de la víctima.

2.6. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN: Los beneficios prácticos de la investigación son variados. Optimiza la administración de justicia, evitando el procesamiento de enamorados y convivientes, que se destruya una unidad familiar ya conformada, privando del cuidado y manutención a los hijos procreados. Logra homogeneizar el tratamiento judicial y disminuye la inseguridad jurídica. Lleva a la práctica el fundamento conceptual de la víctima dogmática, es decir, el rol o intervención de la víctima, su autorresponsabilidad o auto puesta en peligro, como argumento de atipicidad, superando los inconvenientes sustanciales y procesales, que genera el art. 173º del Código penal, permitiendo al juzgador una solución apegada a la realidad social.

2.7. DELIMITACIÓN (Amplitud o generalidad): El trabajo se limita a los:

- Casos donde la agraviada es mujer mayor de 13 y menor de 18 años de edad.
- Casos donde ha mediado el consentimiento de la víctima.
- Casos donde existe una relación de enamorados o convivientes.
- Análisis de los aspectos técnico- jurídicos de la aplicación del artículo 173º.3, del Código penal de 1991.

3. MARCO TEÓRICO

3.1. MARCO HISTÓRICO (INVESTIGACIONES PREEXISTENTES).

1.1. EN EL PERÚ

1. a) INVESTIGACIONES EMPÍRICAS PREEXISTENTES

Se ha ubicado como investigaciones científicas preexistentes (tratados, libros, monografías), (07) seis investigaciones empíricas (estadísticas, sociológicas y medicas). La más antigua data de 1990 (investigación médica), de la cual se tuvo conocimiento por referencias de otras investigaciones a la que no se tuvo acceso por tener la condición de inédita, mientras que la investigación (estadística), los más recientes están datados el año 2006, desarrollado por el CONAJU (Consejo Nacional de la Juventud) y del año 2007, llevada a cabo por el Ministerio de Salud.

1.-	1990	CHU M.	Salud reproductiva de jóvenes que estudian en centros educativos nocturnos de Lima metropolitana, Lima 1990 (Inédito).
2.-	1993	SALAVERRY	Embarazo adolescente en Lima.

3.-	1994	CEDRO	Amor y sexualidad en tiempos del sida. Los Jóvenes de Lima Metropolitana.
4.-	1998	INEI	Edad de las mujeres a la primera relación sexual.
5.-	1999	CHIRINOS; BRINDIS; SALAZAR; BARDALES; REÁTEGUI	Perfil de estudiantes adolescentes sexualmente activos en colegios secundarios de Lima.
6.-	2002	INEI	Salud sexual y reproductiva adolescente y juvenil
7.-	2006	CONAJU	Derechos sexuales y reproductivos de adolescentes en el Perú.
8.-	2007	MINSA- Fondo Mundial	Objetivo 1VIH (Ministerio de Salud)

1.b) INVESTIGACIONES JURÍDICAS PREEXISTENTES

La relativamente reciente de la modificación legal estudiada ha generado la elaboración de trabajos sobre el “consentimiento sexual de menores”, abordando su problemática, entre ellas, su valor como “causa de justificación o de atipicidad”. Se ha identificado (11) fuentes, entre ellas, (01) una tesis de magíster con estadísticas de sentencias del departamento de La Libertad, (01) una tesis de doctorado sobre los criterios empleados para valorar la declaración de la víctima y (01) trabajo previo a la modificación legislativa y (06) posteriores a ella.

1.-	1993	VÁSQUEZ BOYER,	<i>La ley aplicable a los delitos de violación sexual en las tendencias de los índices delictivos.</i> Tesis de magíster.
2.-	2005	TAPIA VIVAS	<i>Valoración judicial de la prueba en los delitos de violación sexual en agravio de los menores de edad.</i> Tesis de doctorado.
3.-	2006	RODRÍGUEZ HURTADO,	El nuevo grito de guerra del torpe legislador draconiano: A la cárcel por “violador”, aunque la “víctima” haya consentido libremente la relación sexual o análoga”.
4.-	2006	SALINAS SICCHA,	La irracionalidad legislativa en los delitos sexuales.

5.-	2006.	CASTILLO ALVA,	La muerte de la sexualidad en los adolescentes
6.-	2006	PANTA CUEVA,	La desacertada reforma de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales
7.-	2007	CORTES SUPERIORES	Pleno Jurisdiccional Regional sobre Explotación sexual y comercial de niños, niñas y adolescentes
8.-	2007	CORTE SUPREMA	Acuerdo Plenario N° 7-2007/CJ-116
9.-	2007	PEÑA CABRERA FREYRE	La Reforma político criminal de los delitos sexuales, vía la ley N° 28704, sancionada el 5 de abril de 2006.
10.-	2008	CHINCHAY CASTILLO	“El paso de ser al deber ser como problema de evaluación de la pertinencia del art. 173.3 del CP”
11.-	2008	CORTE SUPREMA	Acuerdo Plenario N° 4-2008/CJ-116

Es de destacar que, si bien, el tema del consentimiento de los menores de edad, forma parte de las investigaciones sobre los delitos contra la libertad sexual, identificándose bajo el nombre de “*delitos contra la indemnidad sexual*”, dichos trabajos por el carácter “general” con que han sido redactados no analizan de manera detallada y “puntual” la problemática que pretendemos abordar.

1992	NOGUERA RAMOS,	<i>Violación de la libertad sexual en el nuevo Código penal.</i>
1994	CHOCANO RODRÍGUEZ,	La violación sexual y los actos contra el pudor de menores.
2000	FUENTES SORIANO,	Valoración de la prueba indiciaria y declaración de la víctima en los delitos sexuales
2000	CARO CORIA	Problemas de interpretación judicial en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales en <i>Problemas actuales de la administración de justicia en los delitos sexuales</i>
2000	HURTADO POZO	“Delitos sexuales y derechos de la mujer” en <i>Problemas actuales de la administración de justicia en los delitos sexuales</i>
2000	CARO CORIA y SAN MARTÍN	<i>Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. Aspectos penales y procesales.</i>
2002	CASTILLO ALVA,	<i>Tratado de los delitos contra la libertad e</i>

		<i>indemnidad sexuales.</i>
2002	PEÑA CABRERA	<i>Delitos contra la libertad sexual</i>

2.2. EN OTROS PAÍSES

En la búsqueda de antecedentes científicos (tratados, libros, monografías) se ha podido identificar (18) dieciocho trabajos desarrollados, para la realidad alemana, argentina, española y latinoamericana, respectivamente. La más antigua data de 1983, de origen colombiano y trata sobre aspectos médicos, a su vez el trabajo jurídico más reciente está fechado el 2005 en Argentina.

Debe señalarse que la limitación en el número de las obras alemanas se ha debido al bajo nivel de dominio de la lengua alemana, motivo por el cual la búsqueda se redujo a las investigaciones traducidas al habla hispana.

Latinoamérica

1	LUNDGREN R.	<i>Protocolos de investigación para el estudio de la salud sexual y reproductiva de los adolescentes y jóvenes varones en América Latina.</i>
.	2000	
2	MOYA, Cecilia	<i>La salud sexual y reproductiva de los jóvenes en América Latina y el Caribe.</i>
.	2000	
Colombia		
3	FOCUS L.	"Sexualidad en la adolescencia"
.	1983	
Alemania		
4	GIMBERNAT,	<i>Sexualidad y crimen</i>
.	1969	
5	ROXIN, Claus,	<i>"Victimodogmática e injusto material", en Política Criminal y Estructura del delito.</i>
.	1992	
6	JAKOBS, Günther	<i>Competencia de la víctima", en la Imputación Objetiva en Derecho Penal</i>
.	1996	
7	PERRON, Walter	<i>El reciente desarrollo de los delitos sexuales en el derecho</i>

.	1999.	<i>penal alemán.</i>
Argentina		
8.	NEUMAN, 1994	Victimología. El rol de la víctima en los delitos convencionales y no convencionales.
9.	ZIFFER, 1996	“La víctima como factor de determinación de la pena”.
10.	VILLADA, Jorge 2000	Delitos contra la integridad sexual.
11.	GREGORIO BUSTAMANTE, 2004	Abuso sexual infantil: denuncias falsas y erróneas.
12.	ESTRELLA, 2005	De los delitos sexuales.
España		
13.	DÍEZ RIPOLLÉS 1981	<i>El Derecho penal ante el sexo.</i> Bosch, Barcelona.
14.	DÍEZ RIPOLLÉS, 1985	<i>La Fundamentación de la libertad sexual, ineficacias actuales y perspectivas de reforma.</i>
15.	DÍEZ RIPOLLÉS 1985	<i>La protección de la libertad sexual.</i>
16.	ORTS BERENGUER, 1995	<i>Delitos contra la libertad sexual.</i>
17.	HERNÁNDEZ GALLEGO, 1996	“Abusos sexuales”
18.	DÍEZ RIPOLLÉS, 2001	El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual

3.2. MARCO TEÓRICO PROPIAMENTE DICHO.

1. TEORÍAS ESBOZADAS SOBRE EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

Respecto al efecto legal del consentimiento de menores se han desarrollado

(05) cinco teorías:

1. Teoría de la irrelevancia absoluta del consentimiento.
2. Teoría del abuso de superioridad.

3. Teoría de la reducción teleológica o finalista del delito.
4. Teoría de la auto puesta en peligro de la víctima
5. Teoría de la proporcionalidad de la pena.

Existe una nueva tendencia manifestada en la jurisprudencia española (sentencias 4426/2004 y 422/2005), colombiana (sentencia del Juzgado primero penal del circuito del 15 de agosto de 2002) y hondureña (Sentencia TSC 1/162002-PB), tendencia que legislativamente se ha concretado en Albania, Ucrania y Rusia, donde se ha previsto que la capacidad del consentimiento, que es objeto de la investigación, deba determinarse científicamente por expertos o técnicos mediante el uso de medios científicos, médicos y psicológicos, denominándoselos *“peritos examinadores”*. Una variante de esta postura se da en la legislación italiana y ecuatoriana, donde la ley deja en manos del juez la valoración normativa de dicha capacidad de menor para consentir el acto sexual. Finalmente a nivel de la doctrina, se ha desarrollado la teoría de la *“auto responsabilidad de la víctima”*, según la cual, cuando quien ve lesionado su bien jurídico por haber colaborado dolosamente para que dicho suceso ocurra, la conducta del autor queda excluida del nivel de tipicidad.

1. a) TEORÍA QUE SERÁ USADA EN NUESTRA INVESTIGACIÓN:

Nuestro trabajo se restringe a elaborar los fundamentos argumentativo de la atipicidad penal dentro del marco de la teoría de la “*autoresponsabilidad de la víctima*”, bajo el presupuesto de que por vía interpretativa, puede deducirse que esta teoría forma parte de nuestro actual ordenamiento positivo-sexual peruano.

3.3. MARCO CONCEPTUAL O CONCEPTOS TEÓRICOS REFERENCIALES.

La presente investigación se desarrollará teniendo como tópicos o referentes teóricos, a las categorías jurídicas relativas a la *tipicidad*, *antijuridicidad material*, *el consentimiento como causa de justificación*, *el principio de lesividad*, *el principio de proporcionalidad*, *el principio de fragmentariedad y subsidiariedad*, *la victimología*, *la auto puesta en peligro*, *derecho de defensa*, *valoración de la prueba*, *criterios procesales aplicables a los casos de la suspensión de la ejecución de la pena*, así como los criterios relativos a la *jurisdicción del niño y adolescente* y a la *convención del niño*.

No se realiza el desarrollo conceptual anticipado del contenido de cada una de las categorías conceptuales antes reseñadas, conforme se estila en otro tipo de informes de investigación, básicamente nos referimos a las investigaciones empíricas (Vg., física, química, biología), donde el investigador

esta en obligación de determinar ex ante como se ha de entender cada uno de los conceptos o terminología a la que recurre. Añadido a ello, que el objeto de estudio de los trabajos jurídicos están conformados, en su mayoría, por el contenido de instituciones jurídicas en cuyo desarrollo, conceptual y sustento epistemológico, se usan argumentos lógico-jurídicos (inductivos y deductivos), la revisión crítica de los criterios dominantes, así como posturas personales del investigador (dogmáticas- *finalismo*, *funcionalismo*-, etc.), lo cual constituye en sí el marco teórico, es decir, la elaboración de la argumentación detallada y sustentada de la que se han de extraer las conclusiones de la investigación. Esto explica que el desarrollo de las instituciones jurídicas usadas en nuestro caso, se lleve a cabo en el capítulo segundo referido al “*desarrollo sistemático de las instituciones jurídicas comprendidas en el marco teórico de la investigación*”.

4. DEFINICIÓN DEL TIPO DE INVESTIGACIÓN: Se trata de una investigación mixta por combinar la investigación dogmática con la empírico jurídico-Social

5. SELECCIÓN DEL DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN: El diseño, como estrategia general adoptada para responder al problema que se suele clasificar en: documental, de campo y Experimental. En este sentido, el presente trabajo debe ser clasificado como uno documental. Asimismo se trata de un diseño observacional (se examina un evento sin intentar modificar sus factores) analítico (evalúa asociación de resultados buscando las causas) transversal (análisis de un específico tiempo).

6 DETERMINACIÓN DEL UNIVERSO, SELECCIÓN DE MUESTRA, UNIDAD DE ANÁLISIS.

6.1. UNIVERSO: Conformado por la población de mujeres peruanas de 14 a 18 años de edad.

a) Delimitación geográfica o espacial: Abarca todo el territorio peruano al recurrir al análisis de los datos estadísticos oficiales recabados por los censos nacionales.

b) Delimitación temporal: Años de 1994, 1998, 2004, 2007 años en que se efectuaron encuestas y censos nacionales analizados y una investigaron auspiciada por el Fondo Mundial en el Perú. A si como el año 2006 en que se produjo la modificación legislativa. Los años 1998, 2004 y 2005, años de realización de los censos nacionales analizados y el año 2006 en que se produjo la modificación legislativa.

c) Delimitación socio-cultural: Todos los estratos socio-culturales de las víctimas y de los procesados.

6. 2. MUESTRA

a) Para el análisis estadístico: Número de entrevistadas participantes y empleadas en dos censos y dos investigaciones estadísticas:

Un (01) Una investigación Estadística Nacional de 1991

Un (01) Censo Nacional de 1998

Un (01) Censo a poblaciones rurales 2004

Un (01) Una investigación en cinco ciudades del Perú 2007

a) **Para el análisis documental:** Luego de la búsqueda se individualizo para corroborar nuestra hipótesis. 12 resoluciones judiciales, un acuerdos regional, dos acuerdos plenarios y 3 proyectos legislativos

(05) Cinco sentencias extranjeras

(07) Siete sentencias nacionales

(01) Acuerdo regional

(02) Dos acuerdos plenarios

(03) Tres proyectos de legislativos

d) **Unidad de análisis:** Número de resoluciones judiciales y número de anteproyectos.

7. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS

8.1. Técnica de recolección de datos

En la Investigación Jurídico Social, la recolección de datos es el proceso de obtención de información empírica para la medición de las variables en las unidades de análisis, a fin de obtener los datos para estudiar el problema investigado.

De las técnicas generalmente empleadas, cuestionario; Entrevista; Observación y análisis de contenido, se ha optado de manera preponderante por esta última debido a que las fuentes de información son de naturaleza secundaria, es decir se tratan de resoluciones judiciales y en otros casos la fuente principal de información han sido las estadísticas efectuadas por el INEI (Instituto nacional de Estadística e Informática).

8.2. Instrumentos de recolección de datos

- Internet: Consulta de las paginas web oficial a efectos de recolectar información legal, jurisprudencial y estadística.
- Uso de fichas de recolección de información bibliográfica.
- Empleo de una grabadora digital a efectos de recoger la información de las resoluciones de la Corte Suprema y obviar el costo y la demora de los trámites de copias certificadas.
- Empleo del programa “audacy” para modular las grabaciones a una velocidad que facilitara su transcripción.

8. CONTRATACIÓN DE HIPÓTESIS

Consideramos corroborada nuestra hipótesis de atipicidad de los actos sexuales de menores de 14-18 años de edad en base a que los datos reunidos demostraron:

- 1) Que la edad del inicio sexual de los jóvenes peruanos oscila entre los 13 años de edad.
- 2) Las resoluciones judiciales, al comprobar la existencia de una relación sentimental y que se han procreado descendencia ha optado por imponer penas suspendidas condicionalmente de 1 o 2 años, es decir, virtualmente han declarado su atipicidad y en otros casos se ha recurrido a la declaración de inconstitucionalidad de la norma.

- 3) Que en el ámbito internacional se ha valorado el consentimiento de los menores para declarar la atipicidad de la conducta.

09. ORDENAMIENTO Y ANÁLISIS DE DATOS

La investigación oficial más reciente sobre la sexualidad adolescente en el Perú estableció los siguientes resultados:

Año: 2007

Investigación realizada por el Ministerio de Salud y el Fondo Mundial¹⁹
(Objetivo 1 VIH)

Muestra: 7, 820 escolares.

Ubicación geográfica: Lima, Callao, Ica, Chimbote, Pucallpa e Iquitos

Edad del inicio sexual en escolares (Resultados)

59% entre los 13 y los 15 años.

10% a los 12 años

15% a los 11 años o menos

Primera pareja sexual

51.7% el enamorado

27% un amigo (a)

7% un familiar

Dicha información es corroborada por otras fuentes que señalan lo siguiente:

“Si consideramos que la infección por VIH se produce entre once a diez años antes de manifestar los signos del SIDA, entonces la edad de infección estaría disminuyendo también, situándose en algún punto alrededor de los 15 y 20

¹⁹ RPP. Web http://www.rpp.com.pe/detalle_121520.html revisado 06.09.08

años de edad, lo cual enfatiza la importancia de las acciones dirigidas a los jóvenes”²⁰.

“El porcentaje de mujeres que empiezan a tener relaciones sexuales antes de los 15 años ha ido en aumento. Este incremento constante podría estar explicado el descenso lento y paulatino de la tasa de fecundidad en la población adolescente, con el 13% de adolescentes madres (...) desde el año 2000, cifra que se mantiene invariable hasta la actualidad (Endes 200 y Endes 2004)”.²¹

“La aparición de casos de SIDA en menores de 14 años podría vincularse con los cambios en la relación hombre-mujer en el periodo 1983-2003, aunque concluir sobre una relación temporal entre ambas variables requiere un análisis más específico”²².

De las sentencias seleccionadas se obtuvo el siguiente resultado:

Expediente	tipo penal	vinculo	edad mujer	edad hombre	consecuencia jurídica
R.N. 1175-2005	173.3	Enamorado	11 años	18 años	Pena de tres años suspendida por dos
Consulta 2716-2007	173.3	Enamorada, convivencia procreación	14 años	-	Recomienda aplicar la pena por debajo del mínimo.
Consulta 2224-2007	173.3	consentimiento	17 años	-	inaplicabilidad por inconstitucionalidad
Consulta 637-2008	173.3	Consentimiento	16 años	39 años	inaplicabilidad
Exp. 247-06	173.3	Consentimiento	13 años	22 años	No ha lugar a abrir instrucción

²⁰ MINISTERIO DE SALUD, PROCETTS, ONUSIDA: Estado de situación: El sida en el Perú al año 2000, Lima, Programa control de ETS y Sida, ONUSIDA, 2002. p. 22-23.

²¹ HURTADO LA.ROSA; RAMOS PADILLA, Perfil de Salud de las Mujeres y los Hombres en el Perú 2005, Lima, Organización Panamericana de la Salud, 2006, p. 92.

²² HURTADO LA.ROSA; RAMOS PADILLA, Perfil de Salud de las Mujeres y los Hombres en el Perú 2005, Lima, Organización Panamericana de la Salud, 2006, p. 104.

Exp. 2617-2006	173.3	consentimiento, Enamorada, intensión de matrimonio	13 años	22 años	Absolución
Exp. 2156-2006	173.3	Consentimiento, enamorados	14 años	21 años	inaplicabilidad por inconstitucionalidad
Exp. 1753-2007	173.3	Consentimiento	17 años	-	inaplicabilidad por inconstitucionalidad
Exp. 3530-2007	173.3	consentimiento	15 años	-	No ha lugar a abrir instrucción
Exp. 3312-2007	173.3	enamorados, consentimiento	15 años	21 años	Atipicidad, Sobreseimiento

MATRIZ DE CONSISTENCIA

PROBLEMAS	OBJETIVOS	HIPÓTESIS	VARIABLES	POBLACIÓN Y MUESTRA	INDICADORES	TIPO Y DISEÑO INVESTIGACIÓN	MÉTODO Y TÉCNICAS
Problema Principal : 0. ¿Cuál es el efecto jurídico que ocasiona el consentimiento sexual de menores de 14 a más años de edad, en relación de enamorados y/o convivientes en la tipificación de los delitos contra la libertad sexual de menores (art. 173.3)?	Objetivo General: 0. Desarrollar una teoría que permita afirmar la atipicidad de los encuentros sexuales consentidos entre enamorados y convivientes que supere el recurso a un límite fijo de edad y que sea aplicable a los convivientes desde los 13 años de edad.	Hipótesis General: 0. El consentimiento sexual elimina la tipicidad de los encuentros sexuales sentimentales.	Independiente: Edad del inicio sexual Independiente: Consentimiento del acto sexual	Personas Entrevistadas por los censos nacionales empleados Agravadas que dentro del proceso que dieron su consentimiento para el acto sexual Resoluciones Judiciales / Muestra No Probabilística	Porcentaje de entrevistados que declararon un inicio sexual desde los 13 años de edad. Numero de resoluciones donde la agravada manifestó haber consentido el acto sexual Número de sentencias absolutorias Número de sentencias con penas suspendidas. Numero de sentencias que inaplicaron el art. 13.3.	- Correlacional - Explicativa - Descriptiva - No exploratoria -No experimental -Transversal o vertical (si) - Longitudinal u horizontal (sólo respecto a la norma)	<u>Método Cuantitativo</u> Análisis estadístico (si) porcentaje Análisis documental (si) Acuerdos Plenarios Res. Judiciales Nacionales Res. Judiciales Extranjeras Res. Del Tribunal Constitucional No se efectuó encuesta <u>Método Cualitativo</u> Análisis de contenido (si) Doctrina Observación (no) Test (no) Entrevistas (no) ----- - Analisis de la relación realidad-norma - Síntesis de los conceptos e información - Inducción - Deducción - Lógica formal - Principio de coherencia - Unidad del orden jurídico - No contradicción Lógica Dialéctica (no) Método Especifico (si) ----- - Hermenéutica - Legislación penal - Legislación civil - Legislación del niño y adolescente - Convención del niño - Legislación extranjera - Argumentación
Problemas Específicos 1. ¿Qué explicación teórica fundamenta dicha declaración de atipicidad por consentimiento en los delitos sexuales?	objetivos Específicos 1. Aplicar la teoría de la Auto responsabilidad a los delitos contra la libertad sexual.	Hipótesis Especificas 1. La auto responsabilidad por colaboración es el fundamento de la ausencia de tipicidad.	Dependientes: Sentencias absolutorias. Sentencias con penas suspendidas				
2. ¿Se permite valorar el consentimiento sexual de menores desde los 14 años, a pesar del texto de la Ley N° 28704?	2. Evidenciar que un sector de la jurisprudencia viene considerando estos actos atípicos, sin que exista una base teórica.	2. La imposición de penas suspendidas por 01 y 02 años, la inaplicación del art. 173.3 por control difuso y los acuerdos plenarios, demuestran que el consentimiento es valorado para establece la tipicidad en función del art. 173.3. del CP.	Sentencias que inaplicaron el art. 173.3.				
3 Si la realidad demuestra la existencia de encuentros sexuales entre adolescentes desde los 13 años, ¿Es posible aplicar la anterior conclusión a los encuentros sexuales entre enamorados o convivientes entre 13-14 años de edad?	3. Evidenciar la existencia de estadísticas que establecen la edad del inicio sexual de la población peruana desde los 13 años de edad. 3. Analizar el valorar el consentimiento sexual de las mujeres desde los 13 años.	3. La teoría de la atipicidad por irresponsabilidad es aplicable a las relaciones entre enamorados y convivientes entre 13-14 años al verificar la existencia de una relación sentimental, convivencia o la procreación voluntaria de descendencia.					
4. ¿Qué requisitos se exigiría para aplicar a la atipicidad a los encuentros sexuales sentimentales con personas de 13-14 años de edad?	4. Establecer criterios que permitan valorar el consentimiento y colaboración de las mujeres desde los 13 años, cuando mediado una relación de enamorados y convivientes	4. Se exigiría la demostración de una relación de enamorados y convivientes, el acto sexual mutuamente consentido y una diferencia etaria no significativa.					

10. INFORME FINAL: (APORTES DE LA INVESTIGACIÓN A LA DOCTRINA, A LA TEORÍA Y A LA LEGISLACIÓN)

La investigación logra llevar a la práctica postulados de la victimodogmática, se logra sí superar la actual teoría de la irrelevancia e incapacidad del consentimiento de los menores de 14-18 años de edad para un posible reemplazo por la categoría de la autoresponsabilidad de la víctima como factor de atipicidad.

Se logra asimismo la estabilizar el artículo 173.3 del Código penal frente a las soluciones que propugnan su inconstitucionalidad e inaplicación, logrando así una clara diferenciación entre los actos que deben ser perseguidos de aquellos otros que no lo deben ser.

No se ha considerado pertinente elaborar un proyecto de ley por cuanto existe en nuestro trabajo tres de aquellos.

11. BIBLIOGRAFÍA SOBRE LA METODOLOGÍA DE INVESTIGACIÓN

- 1.- ATIENZA, Manuel (1997) *Las Razones del Derecho. Teorías de la argumentación Jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- 2.- BADANES GASSET, Ramón: (2000) *Metodología del Derecho*. Bosch, Barcelona.
- 3.- CABRERA, Flor A.; DONBOSO, Trinidad y MARIN, M^a Ángeles (1993) *Manual para la Formación de Pedagógica Básica para Formadores*, 1ra edición, Colección (Lecturas, Ciencias, Técnicas) Editorial Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona.
- 4.- COPI, Irving M. (1964) *“Introducción a la Lógica”*. Eudeba, Buenos Aires.
- 5.- ENGLISH, Karl 1967 *Introducción al pensamiento jurídico*, Guadarrama, Madrid,
- 6.- FROSINI, Vittorio: (1991) *Teoría de la Interpretación Jurídica*. Traducción de Jaime Restrepo, Temis, Bogotá.
- 7.- HERNÁNDEZ SAMPIERI, FERNÁNDEZ COLLADO Y BAPTISTA LUCIO (2003) *Metodología de la investigación*, McGraw-Hill Interamericana, 3^a ed., México.
- 8.- LARENZ, Karl: (1980) *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Traducción de Marcelino Rodríguez Molinero, 2^a ed., Ariel, Barcelona.
9. MIRÓ-QUESADA CANTUARIAS, Francisco (2003) *Ratio Interpretando, Ensayo de Hermenéutica Jurídica*, Universidad Ricardo Palma, Lima.
10. PHILLIPS, Estelle M. y PUGH, Derek. (2001) *Cómo Obtener un Doctorado*, Manual para estudiantes y tutores. Traducción de Gabriela VENTUREIRA, 1^a ed., Gedisa, Barcelona.
11. SIERRA BRAVO, R.: (1996) *Tesis Doctorales y Trabajos de Investigación Científica*. Paraninfo, 4^a ed. Madrid.
12. SOLÍS ESPINOZA, Alejandro: (2001) *Metodología de la Investigación Jurídico Social*. ByB, Lima.

CAPITULO

II

**Desarrollo sistemático de las instituciones
Jurídicas comprendidas en el Marco Teórico
de la investigación**

CAPITULO II

I. CUESTIONES GENERALES

1.1. MATERIAL DE CASOS

Dentro de la constelación de casos que abarcan los delitos sexuales en agravio de menores, no sólo podemos encontrar aquellos hechos, como el delun padre que abusa sexualmente de sus menores hijas²³, cuya punición lejos se encuentra de toda discusión. Sin embargo, coexisten otros supuestos donde, quien es procesado, esa su vez, enamorado, conviviente o padre de los hijos procreados en dicha relación, y cuyos encuentros se realizaron con el pleno conocimiento y voluntad de la que para el ordenamiento penal es considerada la agraviada²⁴, algunos casos, como veremos luego, fueron analizados por la Corte Suprema de la República de

²³ Un análisis en función de un caso concreto en CHOCANO RODRIGUEZ: “La violación sexual y los actos contra el pudor de menores” en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Nº 4, Grijley, Lima, Julio- Diciembre, 1994, pp. 755-774.

²⁴ El año 2001, se llevo a cabo un estudio con una muestra de 58,695 mujeres de 16 y 17 años de edad que concluyo en que “la edad del inicio (...) sexual se concentró entre los 15 y los 17 años de edad” /// “los motivos (...) 58,5% refirió [que fue] por amor (...) 2.1% por placer y 1.1% por moda o actualidad” (p. 261), siendo corroborado por otro estudio sobre el tipo de parejas sexuales donde “61.7% refirió tener un vínculo de enamorado/novio o pareja estable (...), 1.1% amigo, (...) 18.4% reporto tener vinculo afectivo distinto a enamorado o amigo, (p. 261). BLICHTEIN-WINICKI y otros, “Percepción y comportamientos de riesgo de ITS/VIH, en mujeres adolescentes inscritas para obtener su libreta militar en Lima y Callao 2001”, en *Anales de la Facultad de Medicina*, UNMSM, Vol. 63, Nº 4, 2002. En 1999, ya se apreciaba aquella circunstancia cuando otro estudio, concluía que: “el primer coito fue con el enamorado (...)” como razones “87.7% (...) de las estudiantes respondió (...) para acercarse a su pareja, (...) por amor, ambos lo deciden o están preparados”; el resto (12.3%) señaló por “si su pareja se lo pide, presión de su pares, para saber cómo es o placer o diversión” CHIRINOS y otros, “Perfil de las estudiantes adolescentes sexualmente activas en colegios secundarios de Lima”, en *Revista Medica Herediana*, Nº 10 (1), UPCH, Lima, 1999, p. 53.

nuestro país, donde los actos sexuales se habían realizado bajo la condición de enamorados y cuya punición acaso sea merecedora de las reflexiones que intentaremos desarrollar a lo largo de este trabajo. Como punto de partida, y a efectos de ser metodológicamente claros, en cuanto al campo en que centramos nuestro trabajo, presentamos una serie de hipótesis que, bajo la legislación actual, pueden plantearse en el Perú:

1. Si no se modifica la configuración del delito (Art. 173.3, versión de la Ley N° 28704), dentro de algunos años puede ocurrir lo siguiente: Un hombre de 38 años y una mujer, cuatro años menor (34 años), parte de un matrimonio, económica y socialmente estable, inician, ante juez competente, el trámite que el Código de Niños y Adolescentes (art. 112²⁵), exige para que su hijo de 17 años viaje a un encuentro deportivo en representación del Perú. La juez de menores, hábil en el manejo de operaciones matemáticas calcula, que restando la edad de la madre 34 años menos la edad de su hijo (17 años) da como resultado diecisiete años (17), es decir, calcula que la madre al concebirlo tenía un año menos que el límite legal de 18 años de edad. Luego amparándose en el hecho de que el artículo 3° del Código de procedimientos penales²⁶ le exige poner el hecho en conocimiento de la Fiscalía, denuncia al padre, escudándose en la existencia de una obligación legal de informar y, qu, en caso contrario, cometería el delito de omisión de denuncia (art. 407° del Código penal)²⁷. Una vez informado el Ministerio Público, se inicia un proceso penal que amenaza con encarcelar al padre de familia, pues la pena máxima de este delito es de de 30 años (art. 173°.3)²⁸, lo que ocasiona que la prescripción de la acción penal se extienda hasta el límite de 20 años, que, a tenor del artículo 80° del Código penal que reza “la prescripción no será mayor a (20) veinte años”, no puede superar. Pero

²⁵ Art. 112°. Es competencia del juez especializado autorizar el viaje (...) fuera del país.

²⁶ Art. 3°. Cuando (...) aparezcan indicios de un delito (...) el juez dará conocimiento al (...) Ministerio Público.

²⁷ Art. 407°. El que omite comunicar (...) las noticias (...) de la comisión de algún delito (...) [si] está obligado a hacerlo por su profesión o empleo (...).

²⁸ El art. 173°, 3 (Ley N° 28704), contiene una pena que oscila entre 25 a 30 años.

siendo más acuciosos nos percataremos que cuando el hombre cometió el acto sexual contaba con 21 años de edad, sin que le sea aplicable, por estar vedado por la ley N° 27024 de 1998 ²⁹, salvo control difuso de constitucionalidad, el art. 81° del Código sustantivo que reduce a la mitad dicho plazo prescriptivo. Entonces se llega a la conclusión de que dicha persecución penal cesara cuando el hombre tenga 41 años de edad. (21 años de edad al momento del hecho + 20 años del límite de la prescripción), mientras que, en el ejemplo, sólo cuenta con 38 años. Es decir, en el ejemplo propuesto, ha de esperar tres años para alcanzar la prescripción.

2. Otro caso, menos pintoresco que el anterior, se da cuando un juez tenga que juzgar a un adolescente de 18 años que ha tenido relaciones sexuales consentidas con su enamorada de 17 años de edad, relación consentida por los padres, pero denunciada por uno de los abuelos, quien recibió una educación religiosa muy estricta e intolerante de los actos sexuales extramatrimoniales, y que luego de un gran periodo de ausencia regresa a visitar a su hija. De dicha relación sexual entre los adolescentes, nace un hijo a quien la enamorada pone el nombre de su pareja, el ahora procesado y detenido en la cárcel, donde la mujer lleva a su primogénito a visitar a su padre.

3. Una mujer de catorce años de edad, que vivía en una comunidad, en la cual por su cultura, comenzó a tener encuentros sexuales desde que empezó a ser fértil (12 años-primera menstruación), llega a Lima y se adecua a la cultura citadina. A los trece años y seis meses conoce a un joven y juntos deciden tener relaciones sexuales, pues ella se considera

²⁹ Art. 22° Está excluido el (...) delito de violación de la libertad sexual (...). Conforme a las Leyes N° 27024 de 1998 y N° 28704 de 2006, no procede indulto, conmutación de pena ni derecho de gracia a los sentenciados por el art 173º.3, ni los beneficios penitenciarios de redención de la pena por el trabajo y la educación, semi-libertad y liberación condicional.

plenamente consciente de lo que esto significa, ¿debe procesarse penalmente a su pareja?.

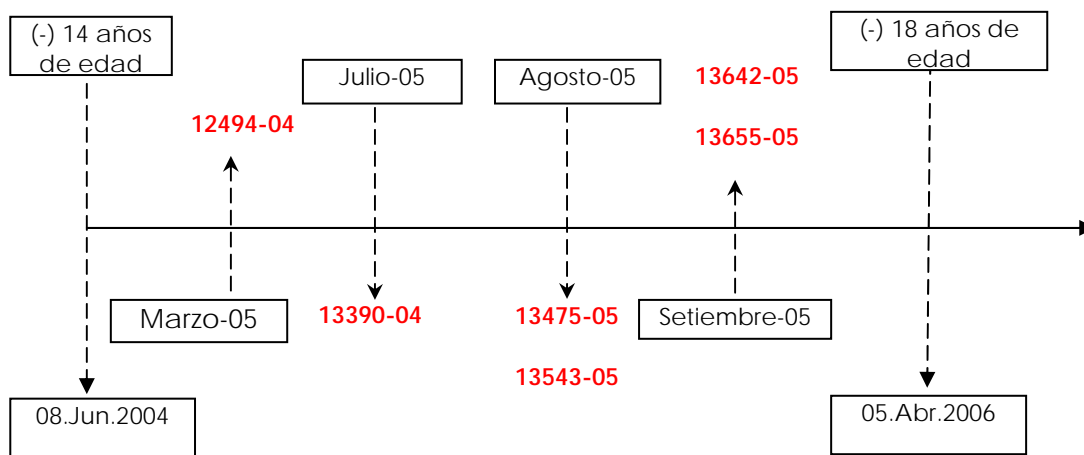
Quien esté familiarizado con la práctica judicial peruana, podría objetar a estos ejemplos que a tenor de la ley vigente, el consentimiento de menores de 18 años es irrelevante, pues no puede consentir aquel que es incapaz de comprender sobre lo que da su aquiescencia, por lo que tampoco, dicha circunstancia, debiera de surtir efectos atenuantes ni excluyentes de la responsabilidad penal. Sin embargo, estos y otros ejemplos, se destinan a centrar el tema de nuestro análisis y demostrar que casos como los esbozados, por su configuración, escapan del ámbito de protección de la norma, resultando por lo mismo atípicos.

1.2. El Marco legal punitivo de la legislación sexual en el Perú

El legislador penal peruano, tras las recientes modificaciones legales, ha considerado que, político-criminalmente, se debe postergar el inicio sexual de la población hasta después de haber cumplido los 18 años de edad cronológica, para ello, entre otros medios, ha considerado pertinente recurrir al derecho penal, para evitar, mediante la amenaza con penas elevadas, los encuentros sexuales anteriores a la mayoría de edad legal.

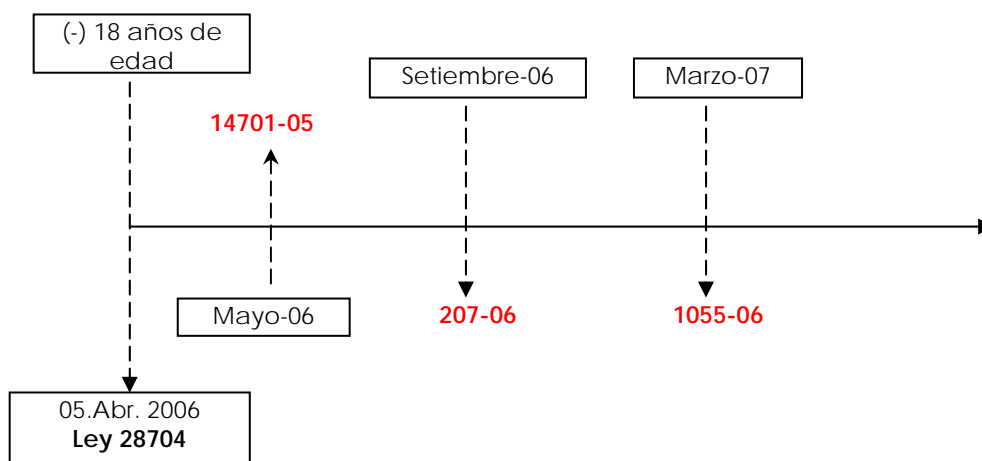
La consecución de esta finalidad será analizada en tres niveles. En el primero, daremos a conocer cuál es la realidad social que se pretende regular. En el segundo nivel, si la forma de regulación penal ha resultado eficaz y eficiente y, por último, en el tercer nivel, postularemos si, la situación legislativa, debe permanecer incólume, (afirmando que es y así “*debe ser*”), o por el contrario la negaremos y, en este último supuesto, propondremos alternativas que hagan más racional, eficiente y eficaz el sistema jurídico-penal.

Cuadro cronológico de anteproyectos que antecedieron y precedieron al incremento del límite legal del consentimiento de los 14 a los 18 años de edad



Cuadro 1

Cuadro cronológico de anteproyectos que proponen la disminución de la edad del consentimiento de los 18 a los 14 años de edad



Cuadro 2

1) Base jurídico-penal aplicable el año 2006

El Estado Peruano, el año 2006, tomo la decisión de que en adelante, la edad del inicio de las relaciones sexuales entre los peruanos debía dejar de ser tolerada desde los 14 años de edad, como ocurría en el pasado y pasaría a ser tolerada únicamente desde los 18 años de edad, motivo por el cual se debió modificar el código penal, para adecuarlo a dicho criterio, cuya última modificación, conforme a la Ley N° 28704, mantuvo este criterio.

Texto de abril de 2006 (Ley N° 28704 del 05 de abril de 2006.)

- Art. 173** El que tiene acceso carnal (...), con un menor de edad, será reprimido con las siguientes penas privativas de libertad:
1. Si (...) tiene menos de diez años de edad, la pena será de cadena perpetua.
 2. Si (...) tiene entre diez años de edad, y menos de catorce, la pena será no menor de treinta años, ni mayor de treinta y cinco.
 3. **Si (...) tiene entre catorce años de edad y menos de dieciocho, la pena será no menor de veinticinco ni mayor de treinta años.**
Si el agente tuviere cualquier posición, cargo o vínculo familiar que le dé particular autoridad sobre la víctima o le impulse a depositar en él su confianza, la pena para los sucesos previstos en los incisos 2 y 3, será de cadena perpetua.

2) Base jurídico-penal del año 2004

La redacción anterior, derogada por la Ley arriba señalada, tenía dos antecedentes. La más antigua fechada en julio de 2001, elevo la pena de estos delitos hasta el límite de los 25 años de privación de la libertad. Con fecha más reciente, en junio de 2004, se incorporo las *modalidades análogas*, zanjando las discusiones originadas en torno a los supuestos de su aplicación. Como se divierte tales modificaciones respetaron el limite de los 14 años de edad para valorara el consentimiento de la menor como causa de justificación.

Texto de julio de 2001³⁰	Texto de junio de 2004³¹
173. El que practica el acto sexual u otro análogo con un menor de catorce años de edad, será reprimido con las siguientes penas privativas de libertad:	173. El que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de edad, será reprimido con las siguientes penas (...):
1. Si (...) tiene menos de siete años, la pena será de cadena perpetua.	1. Si (...) tiene menos de siete años, la pena será de cadena perpetua.
2. Si (...) tiene de siete años a menos de diez, la pena será no menor de veinticinco ni mayor de treinta años.	2. Si (...) tiene de siete años a menos de diez, la pena será no menor de veinticinco ni mayor de treinta años.
3. Si (...) tiene de diez a menos de catorce, la pena será no menor de veinte ni mayor de veinticinco años.	3. Si (...) tiene de diez a menos de catorce, la pena será no menor de veinte ni mayor de veinticinco años.
Si el agente tuviere cualquier posición, cargo o vínculo familiar que le dé particular autoridad sobre la víctima o le impulse a depositar en él su confianza, la pena será no menor de treinta años para los supuestos previstos en los incisos 2 y 3.	Si el agente tuviere cualquier posición, cargo o vínculo familiar que le dé particular autoridad sobre la víctima o le impulse a depositar en él su confianza, la pena será no menor de treinta años para los supuestos previstos en los incisos 2 y 3.

3) Base criminológica (Estadísticas oficiales)

Si bien las modificaciones reseñadas se han guiado por el loable deseo de proteger a los menores de edad. Sin embargo, como se parecía de la lectura de los anteproyectos presentados al respecto, se ha dejado de lado, a diferencia de la técnica legislativa de otras orbes, el recurso a investigaciones empíricas que sustenten las modificaciones legislativas, por lo que siendo de interés a esta investigación, la relación existente entre el incremento de la edad legal del consentimiento sexual y la relación que guarda con su par socio-cultural, en cuanto al inicio efectivo de las prácticas sexuales, nos obliga a recurrir a investigaciones científico-estadísticas

³⁰ Ley N° 27507 publicada el 13 de julio de 2001.

³¹ Ley N° 28251 publicada el 08 de junio de 2004.

efectuadas sobre el problema analizado (edad del consentimiento sexual) y que se hayan realizado tomando como universo a la población peruana. Estos estudios que por su naturaleza objetiva permiten apreciar las características de la realidad socio-cultural en la que confluyen las actividades de los operadores de la política criminal, entre ellos, legislador, juez, fiscal, los abogados de la defensa, la policía, etc.

En la labor de efectuar investigaciones estadísticas al respecto, también se pueden hallar esfuerzos de entes no estatales. Entre se reseñan las siguientes:

Año	Estudio	Institución
1993	Embarazo en adolescentes en Lima	ASPAS
2002	Percepción y comportamientos de riesgo de ITS/VIH m en mujeres adolescentes en inscritas para obtener su libreta militar en Lima y Callao	UNMSM (Tesis)
2003	Comparación de la educación por pares y por profesionales de la salud para mejorar el conocimiento , percepción y la conducta sexual de riesgo en adolescentes	Instituto Nacional de Salud
2004	Contribución de las adolescentes a la muerte materna en el Perú.	Sociedad Peruana de Obstetricia y Ginecología

Cuadro 3

Hemos preferido recurrir a las investigaciones dirigidas por el propio Estado peruano, por poseer una muestra más representativa de la población

nacional y consecuentemente un menor margen de error. He dicho estudios nos interesamos por la información acerca de la de la edad promedio en que los jóvenes peruanos han iniciado su actividad sexual.

Año	Estudio	Institución
1998	ENAH0-98 II Trimestre	INEI
2004	ENDES 2004 y CONAJU 2004	INEI y CONAJU
2005	ENDES 2005	INEI
2007	Objetivo 1 VIH. Investigación entre personas de 11 a 24 años de edad (Lima, Callao, Ica, Chimbote, Pucallpa e Iquitos) ³² .	MINSA

Cuadro 4

1.3) Sexualidad adolescente a nivel nacional

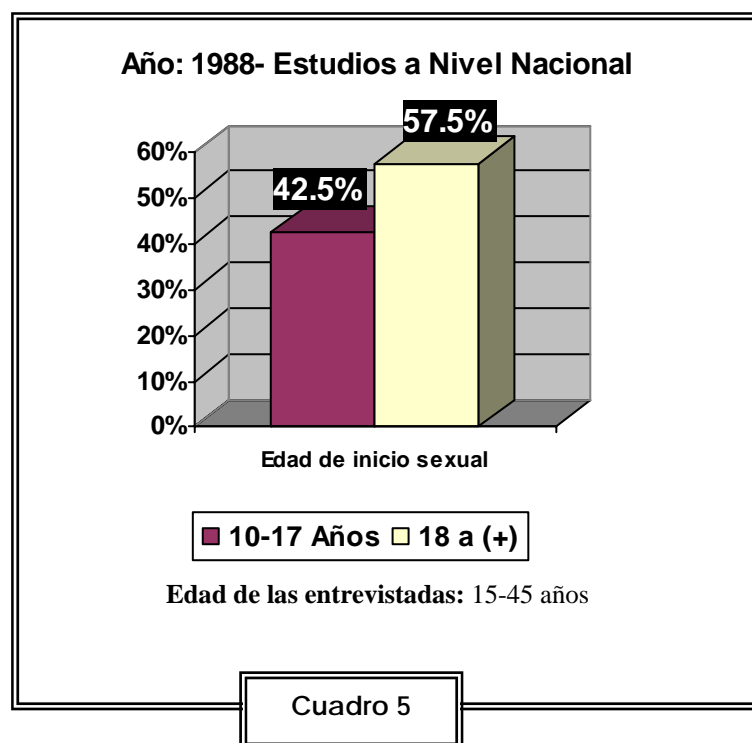
Para el año 1998, cuando la edad legal del consentimiento eran los 14 años, estadísticamente se había establecido que aproximadamente el 42.5% de las mujeres peruanas se iniciaban sexualmente antes de haber llegado a los 18 años de edad, por lo que la sexualidad puede recibir la siguiente taxonomía:

- Sexualidad reproductiva

³² Ver el diario oficial “*El Peruano*” del 10 de agosto de 2007. Sección Actualidad: <http://www.elperuano.com.pe/edc/2007/08/10/act4.asp> y adicionalmente el diario “*El Comercio*”, en la edición del día 9 de agosto de 2007: <http://www.elcomercio.com.pe/ediciononline/HTML/olecultiimas/2007-08-09/olecultiimas0418600.html>. Ambos revisados en Octubre 2007.

- Sexualidad placentera

La reproductiva, es propia de las uniones de hecho o de matrimonios que buscan exprofesamente el embarazo como forma de ampliar su descendencia, mientras que la segunda, la sexualidad placentera, como su nombre lo indica, es realizada entre los jóvenes o por quienes, por medio del uso de método de control reproductivo, desean evitar el embarazo. En este sentido el inicio sexual no implica por necesidad que las adolescentes se embaracen, opción que estará en función a otros factores, entre ellos, de la educación sexual, resultando determinante la instrucción impartida en los centros de enseñanza.



1.4) Porcentaje de mujeres que han tenido relaciones sexuales según grupo de edad.

En la elaboración de los cuadros respectivos, se ha partido de entender que en los mismos las preguntas sobre el inicio de la actividad sexual se efectuaron exclusivamente entre las entrevistadas con una edad comprendida entre los 15 a 19 años de edad. La razón por la cual, la encuesta de 1998, graficara que ya el 100% de mujeres entrevistadas (15-19 años) se habían iniciado sexualmente, en contraposición a las encuestas del año 2000, que la cataloga en un 26% y la del 2004 , en un 22%, encontraría una explicación en el uso de sitintos tipos de metodología usadas en sus elaboraciones. Circunstancia que se confirma incluso con la denominación asignada a cada método, siendo el ENAHO una “encuesta nacional de Hogares) y el ENDES, una “encuesta demográfica y de salud familiar”.

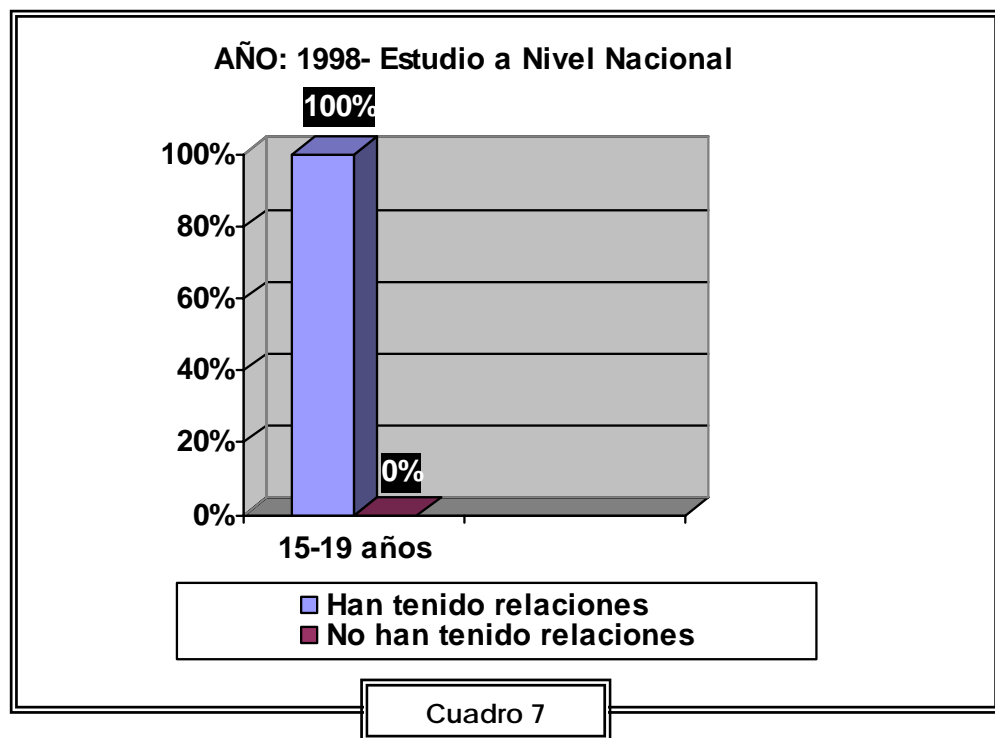
Edad de las Mujeres al tener su Primera Relación Sexual. ENAHO-98 entrevistas a mujeres de 15 a 49 años (INEI)				
Características	10 - 14	15 - 17	18 - 19	20 y más
Edad de la Mujer entrevistada:				
15 – 19 años	19.8	66.2	14.0	----
20 – 29 años	5.7	36.2	28.8	29.3
30 – 39 años	7.8	32.8	23.0	36.4
40 – 49 años	7.7	30.4	23.3	38.7

Fuente: INEI - ENAHO-98 II Trimestre

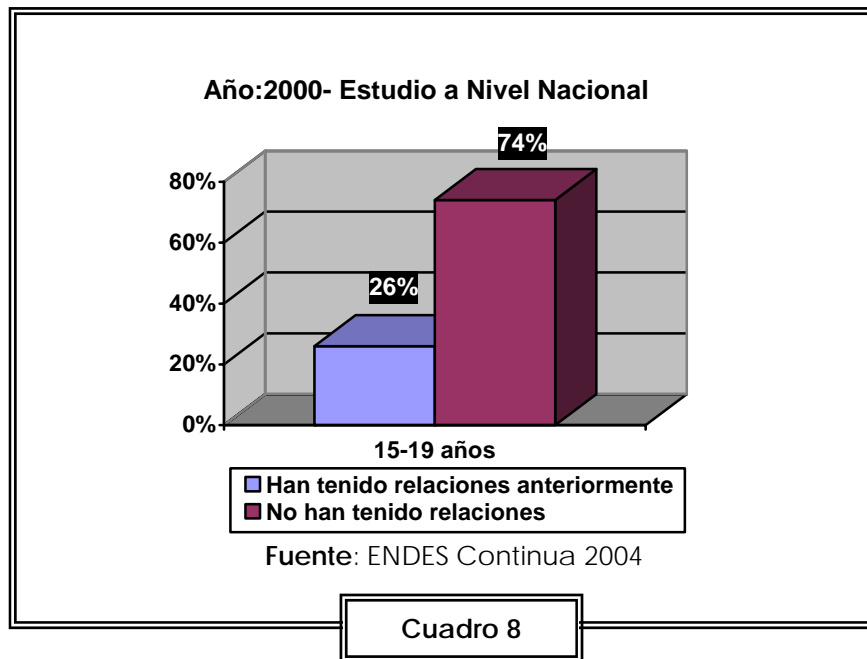
Cuadro 6

Se puede observar en el cuadro N° 4 que no se ha consignado información alguna en el sector referido al inicio sexual posterior a los 19 años, deduciéndose de esta información estadística manejada por el Estado

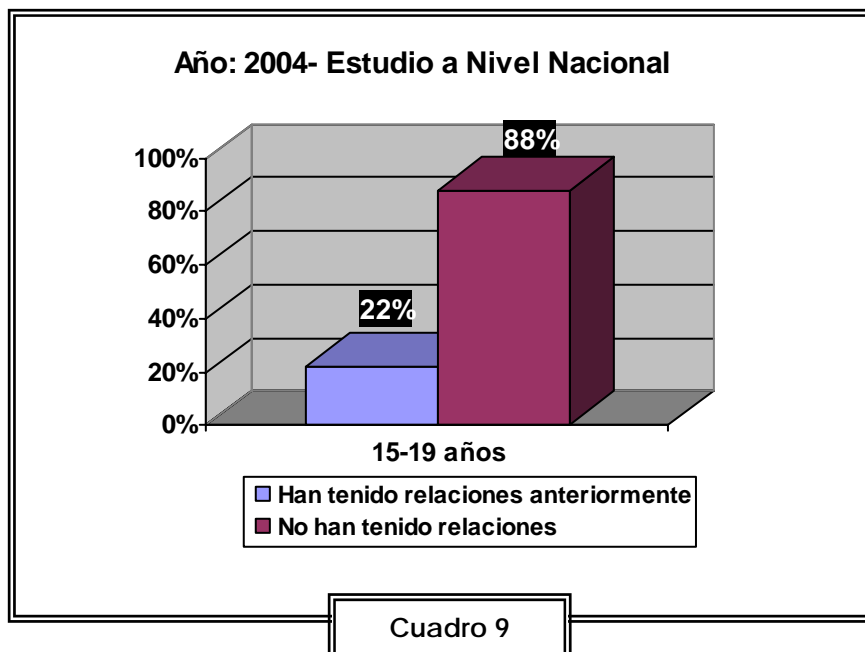
peruano, que sus habitantes, de 15-19 años, eran sexualmente activas, datos que se grafican en el cuadro 5.



A su vez la estadística del año 2000, por las razones antes señaladas, se aparta de los resultados precedentes, manejándose desde aquella como porcentaje oficial del inicio sexual de la población de 15-19 años, un poco más de su cuarta parte, es decir , el 26 %, graficándose de la siguiente manera:

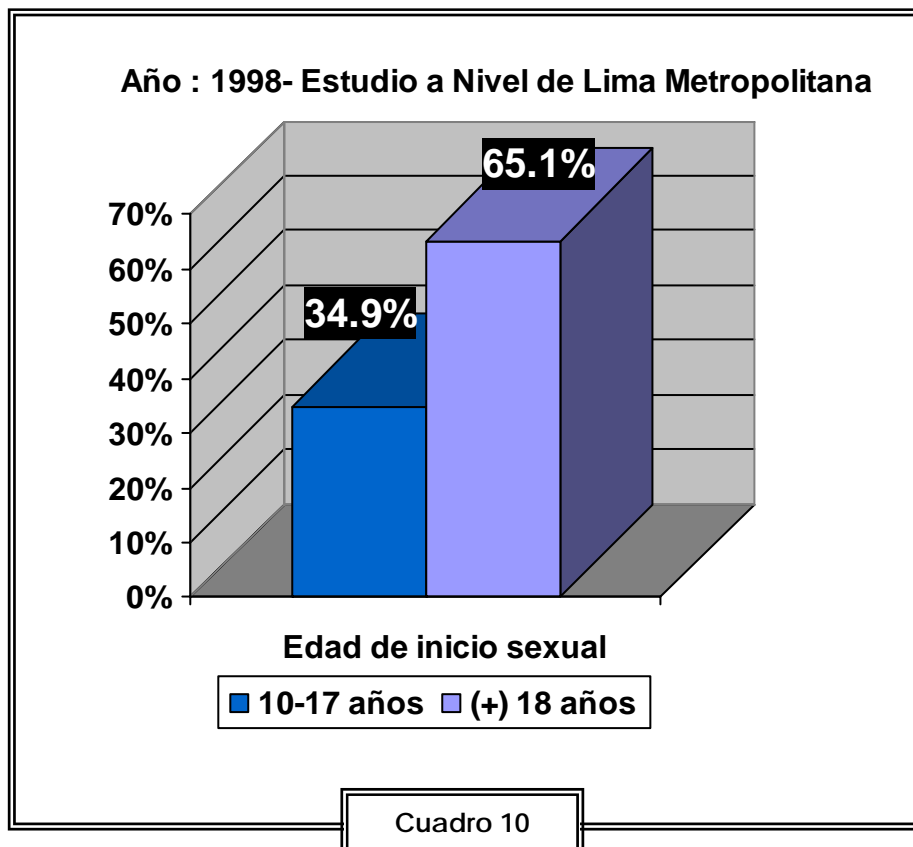


Para el año 2004 el inicio sexual, entre los adolescentes investigados (15-19 años), y siguiendo la metodología de las encuestas ENDES, habría experimentado un descenso del orden del 4%, estableciéndose desde entonces en un 22%.



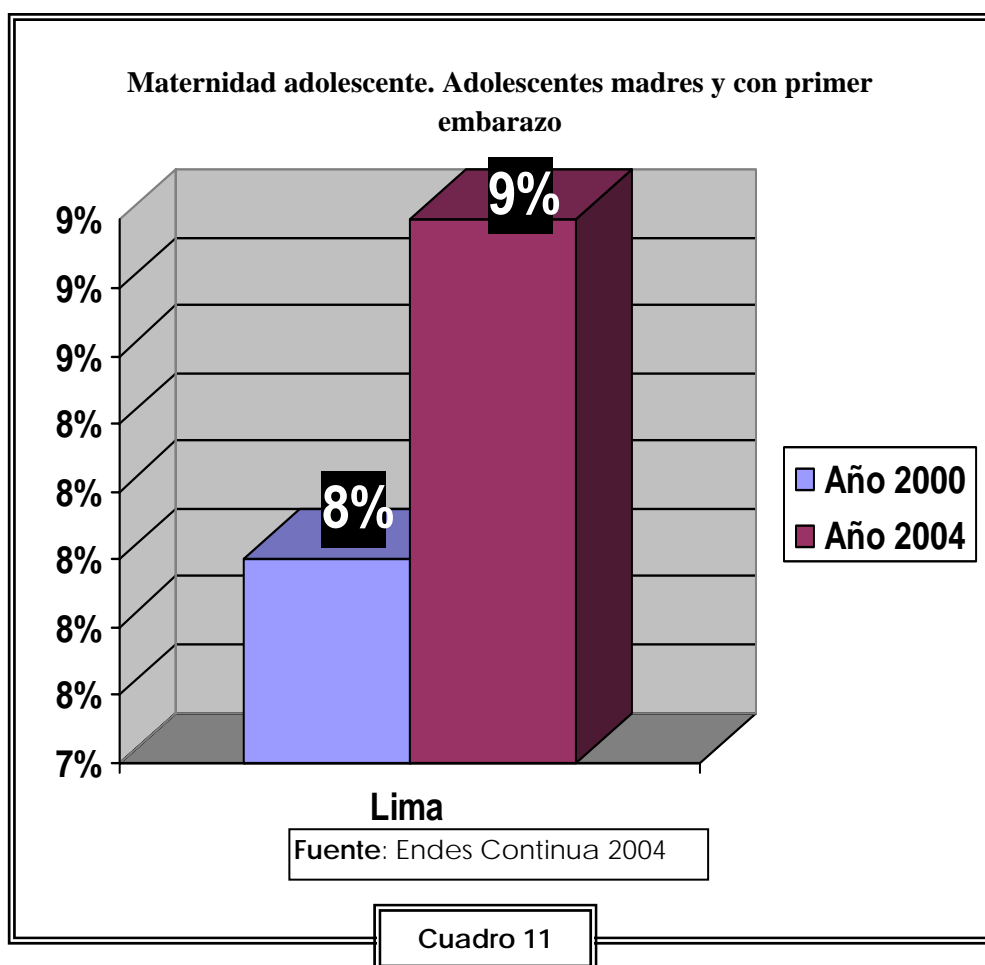
1.5.) Sexualidad adolescente en Lima Metropolitana

Retomando la encuesta realizada en el Perú hacia el año de 1998, ahora en lo que nos interesa respecto al universo de la población adolescente de Lima Metropolitana, establece como resultados que entre su población de mujeres, menores de 18 años de edad, que se habían iniciado sexualmente conformaban el 34.9% de la población de Lima Metropolitana. Este dato fáctico, de cara al derecho penal, tiene como consecuencia advertir que no todos los supuestos de encuentros sexuales prematuros podrán ser abordados exclusivamente como supuestos de “error de prohibición”, debiendo buscarse otras alternativas de tratamiento penal.



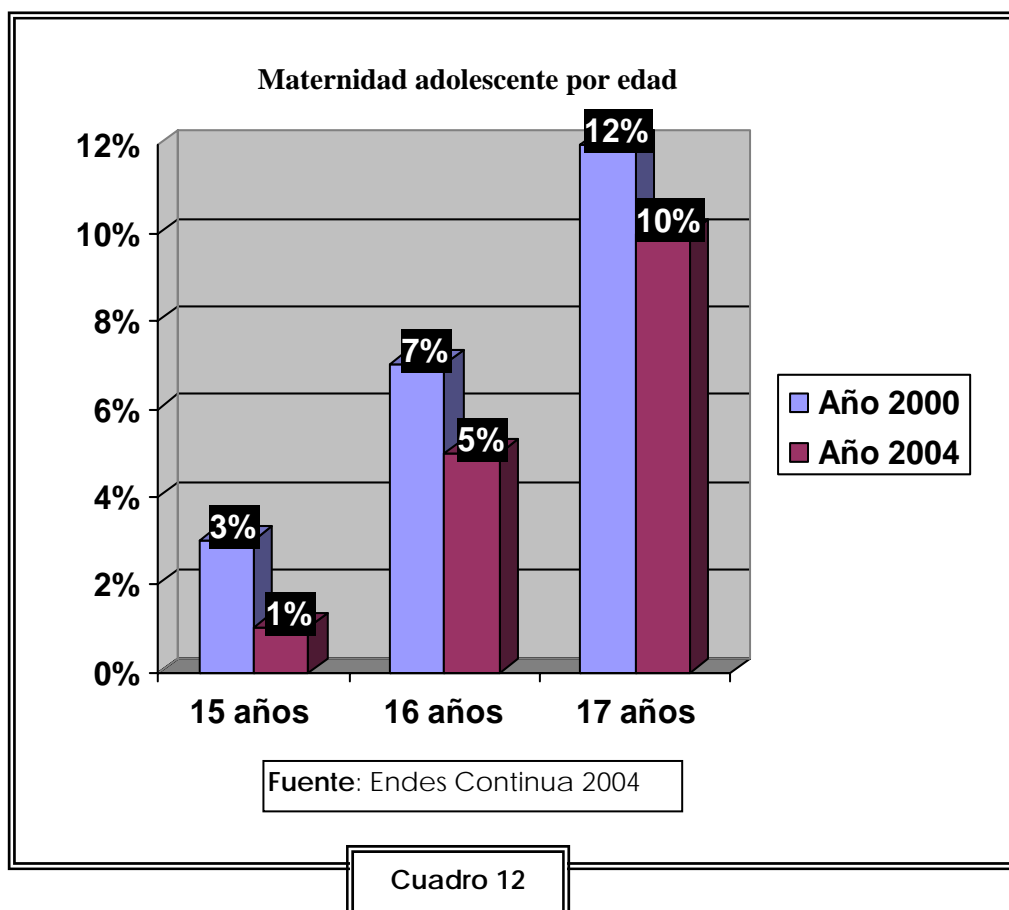
En otra de las encuestas, (año 2000) también efectuada sobre el universo de la población de Lima Metropolitana, se advertía en sus resultados que del 26 % de adolescentes residentes de dicha circunscripción

geográfica, que ya mantenían relaciones sexuales, el 8% de aquellas resultaron embarazadas, mientras que los mismo datos, para el año 2004, a pesar de señalar un descenso en el número de adolescentes que iniciaron su actividad sexual, se experimento un incremento, de un grado porcentual, en el número de adolescentes embarazadas.



A diferencia de la ciudad capitalina, en las zonas rurales del Perú (2000-2004), las estadísticas mostrarían una marcada tendencia a la disminución del número de mujeres que a pesar de mantener relaciones

sexuales no han resultado embarazadas. Dicha merma se calculo en dos grados porcentuales, correspondiéndose con el siguiente grafico.



Es de lamentar que las estadísticas reseñadas (ENDES 2000-2004), para establecer la edad promedio del inicio sexual, se restringiera la información a los datos obtenidos de las entrevistadas mayores de 25 años de edad, no obstante que las encuestas también se elaboraron tomando en consideración a personas desde los 15 años de edad, lo que finalmente habría llevado a establecer la edad promedio del inicio sexual en 19.2 años de edad a nivel nacional (Endes 2004 Continua³³), edad que fue, de manera

³³ En cuya sección destinada a la “Nupcialidad y exposición al riesgo del embarazo” señalaba que de las mujeres de 15-49 años, “la edad mediana a la primera unión de las

acrítica hechas suyas por algunas ONGs³⁴. Si bien las estadísticas de los ENDES 2004, vinieron a significar un nuevo referente en la información hasta entonces manejada, no llegó a ser objeto de explicación cabal en cuanto a la razón de tal alejamiento respecto a los resultados obtenidos el año 1998.

Edad de las Mujeres al tener su primera relación sexual. Entrevistas a mujeres de 15 a 49 años				
Características	10 - 14	15 - 17	18 - 19	20 y más
Edad de la entrevistada:				
15 – 19 años	19.8	66.2	14.0	----
20 – 29 años	5.7	36.2	28.8	29.3
30 – 39 años	7.8	32.8	23.0	36.4
40 – 49 años	7.7	30.4	23.3	38.7

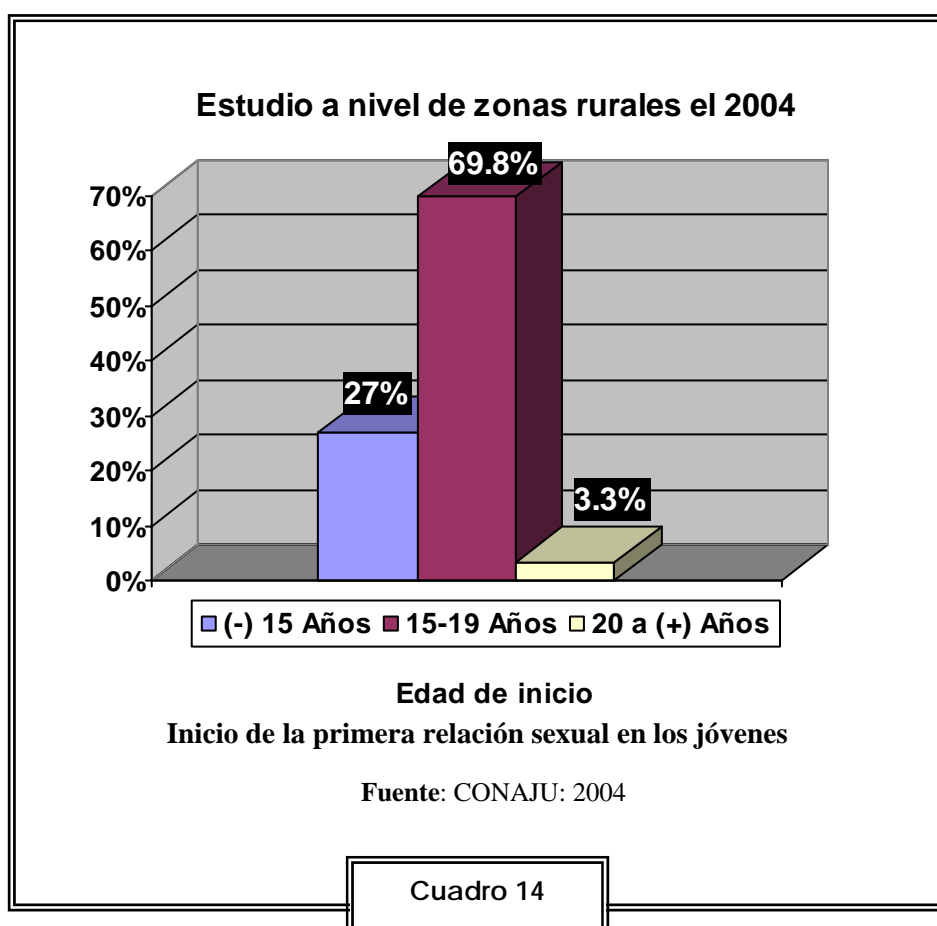
Fuente: INEI- ENAHO-98 II Trimestre.

Cuadro 13

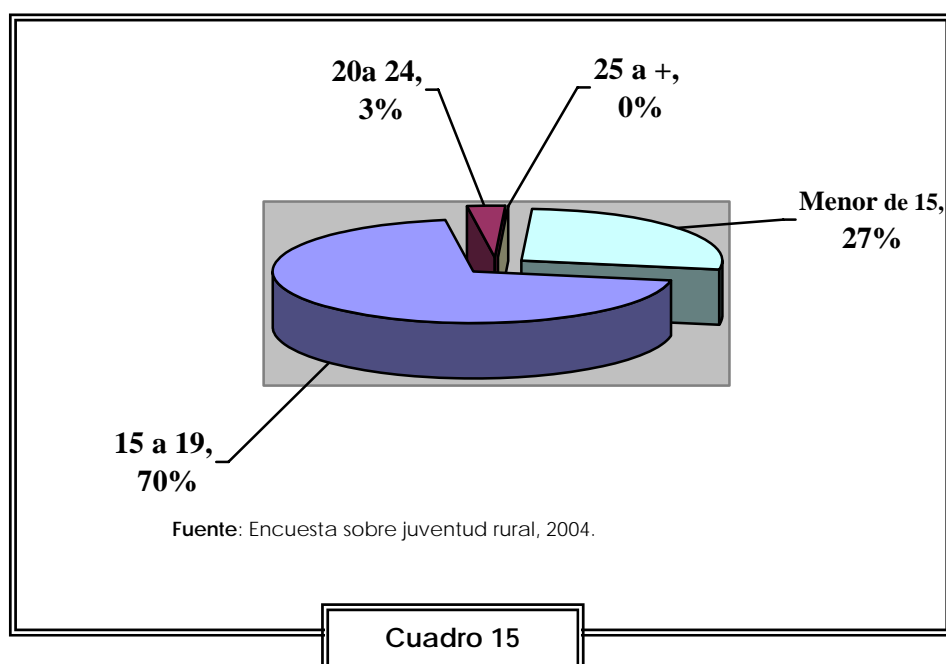
mujeres de 25-49 es 21.9 años (...) en los últimos años (...) hay indicios de una ligera tendencia a unirse más tardíamente entre las mujeres menores de 30 años, pues la edad mediana a la primera unión es 22.9 años para las mujeres de 25-29 años. Sin embargo, la edad mediana a la primera relación sexual de las mujeres de 25-49 es 19.2 años (...). Dicha mediana está por debajo de 17.2 años entre las mujeres sin educación, las que residen en la en la región natural de la Selva y las que se encuentran en el quintil inferior de riqueza. ENDES 2004-Continua, p. 07: <http://www.measuredhs.com/pubs/pdf/FR174/ResumenEjecutivo%2Epdf>, rev. Oct.07

³⁴ La ONG FLORA TRISTAN repetía en su portal Web que “la edad media a la primera relación sexual se establecía en los 19.2 años” : <http://www.flora.org.pe/mujercifras.htm>, rev. Oct.07.

Sin embargo, este mismo año (2004), una encuesta del Consejo Nacional de la Juventud – CONAJU, llevada a cabo en zonas rurales del Perú³⁵, demostraría que el número de jóvenes, iniciados sexualmente antes de los 18 años, no ha variado sustancialmente. Así el 27 % se inicio antes de los 15 años de edad, mientras que casi el 70 % de 15 a 19 años de edad, y solamente el 28 % de 20 a más años.



³⁵ CNJ- CONAJU, *Estado. Procesos y desafíos de las juventudes rurales en el Perú*. Lima, 2005: http://www.conaju.org.pe/sec_publicaciones_home.php, rev. oct.07 y adicionalmente en el portal del Ministerio de Educación, SNJ- Secretaria Nacional de la Juventud, sección publicaciones.



Esta misma tendencia se vería reflejada en las opiniones vertidas por organismos no gubernamentales que para el año 2004 informaban que se vería incrementado el número de menores iniciados sexualmente³⁶, coincidiendo, en este aspecto, con otras investigaciones particulares como las desarrolladas en el Perú por el doctor LICONA RENDÁN y la obstetricia HUANCO APAZA³⁷, CHIRINOS y otros³⁸, BLICHTEIN-WINICKI y otros³⁹, la

³⁶ En este sentido se declaraba que para el 2004 “se ha triplicado el número de adolescentes (menores de 13 años) que ya se han iniciado sexualmente”, diario “*La República*” del 04 de julio de 2004, coinciden con la información manejada por la ONG Manuela Ramos, segunda cual el 14%, de la población adolescente de ayacucho ya esta embarazada, el 23% en Huancavelica y el 36% en Ucayali. Embarazo adolescente: Políticas públicas con equidad de genero. Sección cifras. Manuela Ramos: <http://www.manuela.org.pe/Camp8Marzo.asp>

³⁷ “en las grandes ciudades el 20% de nacimientos hospitalarios corresponde a mujeres de 10 a 19 años” en “Riesgos en el recién nacido de madre adolescente en el Hospital Hipólito Unánue de Tacna” en *Revista Diagnostico*, Vol. 39, N° 1, Ene.-Feb. 2000.

³⁸ “el inicio temprano en promedio (14 años)”, “Perfil de las estudiantes adolescentes sexualmente activas en colegios secundarios de Lima”, en *Revista Medica Herediana*,

psicóloga ASENCIOS ANGULO⁴⁰y, en una fecha mucho más cercana, ha sido el propio Estado, en esta ocasión a través del Ministerio de Salud, y usando como medio de difusión el diario oficial *El Peruano* quien hizo suyo los resultados de una investigación efectuada por ALFONSO ZAVALA⁴¹, enmarcada en el programa “Objetivo 1 VIH”, donde se establecía la edad del inicio sexual se ubico en los trece años: dicho informe fue difundido por los medios de comunicación^{42 43}.

Diario oficial “*El Peruano*” del 10 de agosto de 2007.

“Aunque el promedio es de 13 años (...) muchos (...) adolescentes peruanos inician su vida sexual a los 11 años (...)

10 (1), UPCH, Lima, 1999. p. 58: <http://www.fihu-diagnostico.org.pe/revista/numeros/2000/enefeb00/35-40.html>

³⁹ “gran número de jóvenes empieza (...) a una edad relativamente temprana” /// “en muchos países, una proporción significativa de jóvenes comienza (...) antes de los 15 años” (p. 258), “la edad del inicio (...) se concentró entre los 15 y los 17 años de edad”, el año 2001, se realizó un estudio transversal con una muestra (...) de mujeres (...) de 16 y 17 años que se inscribieron para obtener su libreta militar (...) (58,695 inscritas), BLITCHTEIN-WINICKI, Dora y otros, “Percepción y comportamientos de riesgo de ITS/VIH, en mujeres adolescentes inscritas para obtener su libreta militar en Lima y Callao 2001”, en *Anales de la Facultad de Medicina*, Vol.63 N° 4, UNMSM, 2002, p. 259-261.

⁴⁰ En el artículo “*Responsabilidad de todos. Madres adolescentes*”, sostiene que “en el Perú, 12 de cada 100 adolescentes son madres”, en diario oficial “*El Peruano*”. Sección opinión, del miércoles, 6 de diciembre de 2006.

⁴¹ Ver “*El Peruano*” edición del 10 de agosto de 2007, sección Actualidad, donde se hace referencia a dos investigaciones efectuadas con jóvenes y adolescentes, patrocinadas por el Fondo Mundial en el programa denominado “objetivo 1 VIH”, para “Prevenir la transmisión de VIH y SIDA mediante la disminución de las Infecciones de Transmisión Sexual (ITS)”, presentadas el día 9 de agosto en el auditorio del Cuerpo Médico del Hospital Nacional Arzobispo Loayza.

⁴² “La República”, en el artículo “los adolescentes peruanos se inician sexualmente a los 13 años en promedio”, edición del 9 de agosto de 2007, reiterado en el artículo “unos 80 mil tendrían VIH”, de la edición del 10 de agosto de mismo año.

⁴³ “El Comercio”, “Adolescentes peruanos se inician sexualmente a los 13 años en promedio”, edición del 09 de agosto de 2007.

Zavaleta, responsable de la investigación, realizada en Lima, Callao, Ica, Chimbote, Pucallpa e Iquitos (...) en el denominado Objetivo1 VIH, financiado por el Fondo Mundial, señaló que la investigación ha puesto en evidencia la vulnerabilidad de los menores ante las Infecciones de Transmisión Sexual (ITS) y el VIH-Sida. (...)

(...) ese inicio temprano (...) nunca es planificado, se da entre amigos, compañeros de colegio, de forma ocasional, y en algunos casos con una prostituta. //(...) Zavaleta estuvo acompañado por Nora Ojeda, coordinadora técnica del Objetivo 1 VIH, quien tuvo a su cargo el lanzamiento de la campaña informativa nacional Tu PreVHlenes, Infórmate, dirigida a la reducción del contagio del VIH-Sida en adolescentes y jóvenes pobres de entre 11 y 24 años.// (...) - El informe de la epidemia mundial de sida 2006 revela que el Perú ocupa el lugar 17 en Prevalencia de infección por VIH en personas de entre 15 y 49 años en América Latina.

1.6.) La relación sexual y su entorno cultural

Tomando como referente la sentencia recaída en el Exp. N° 2584-2002, en el cual se trataba de un joven de 20 años de edad, que mantuvo relaciones, con una menor de 12 años, la cual había prestado su consentimiento, se puede afirmar, siguiendo a RODRIGUEZ DEVESA, se puede afirmar que el “nivel cultural de un individuo está en conexión con el proceso de evolución sexual”⁴⁴, por lo que la edad del primer encuentro sexual responde, en principio, a patrones socio-culturales, por lo que no se puede si no coincidir con lo señalado en la sentencia en comento, cuando, en su tercer considerando, afirma que “*la sexualidad como función fisiológica*

⁴⁴ RODRÍGUEZ DEVESA; SERRANO GÓMEZ: *Derecho penal español. Parte especial*, Madrid, Dykinson, 1994, p. 169.

y social (...) está regulada también por el entorno cultural y por la posición ecológica» «el sexo no es (...) aislable de la cultura o del individuo, sino que toda la cultura, como la personalidad, tiene una determinada configuración sexual" (Manuel Marin, *El Gran Libro del Hombre*, editorial Marin, Barcelona, España)". En un país multicultural como el peruano, existen diversos grupos culturales con un ideario diverso al capitalino y el inicio sexual a temprana edad, como en la sierra peruana (a la que se hace referencia en el considerando cuarto) se inicia desde que la mujer es fértil, con su primera menstruación, siendo el momento en que dicha comunidad la considera capaz de procrear y de cuidar de una familia, lo que de similar manera ocurre en la selva peruana "los pobladores de la Amazonia tienden a la precocidad sexual de sus jóvenes" (considerando sexto). Estos inicios tempranos, no han incidido en el número de abortos en dichas regiones geográficas⁴⁵ y tampoco han influido en el índice de desordenes mentales o fisiológicos. Precisamente los hechos que el órgano de juicio tenía ante sí se suscitaron en el distrito de Yambrasbamba, provincia de Bongará, departamento de Amazonas, región en la que comúnmente las menores de edad se inician precozmente en sus prácticas sexuales (considerando octavo). Nivel cultural que debe de ser necesariamente ilustrado por medio de pericias antropológicas. Si bien habría que criticar a la sentencia en comentario afirmar que "[al] aplicar (...) el texto expreso de la ley (...) se corre el riesgo de atentar contra la identidad étnica que se halla garantizada por la Constitución Política del Estado" (considerando cuarto), pues técnicamente, aquello no es correcto. Si la ley penal ha previsto la figura de la "vencibilidad" dentro del error por condicionamiento cultural -último párrafo del artículo 15^o. Es esta condición de vencibilidad, es decir de poder salir del error, a la que se le impone una sanción, aunque atenuada⁴⁶, si bien esto

⁴⁵ En este sentido SALAVERRY y colaboradores: "Embarazo en adolescentes de Lima" en Asociación de psicología aplicada a la sociedad", ASPAS, Lima, 1993: <http://www.angelfire.com/pe/actualidadpsi/embarazo.html>

⁴⁶ Art. 15^o, (...). Cuando (...) esa posibilidad [de comprender] se halla disminuida, se atenuará la pena.

significa un injusto rezago, obligando legalmente a que los miembros de dichas culturas, a abandonar sus patrones culturales a favor de la cultura accidentalizada, carecería de sentido afirmar que se ha de imponer una sanción, sin que se afirme al mismo tiempo que el acto deba dejar de cometerse. Lo cual, por cierto no es una observación trasladable a los supuestos de error cultural “*invencible*”.

II) Análisis crítico de la eficacia del sistema penal para instaurar un tipo de moralidad o forma de vida

Los casos comprendidos dentro del art. 173º del C p., como “*delitos sexuales en agravio de menores de 18 años de edad*”, no sólo incluyen actos violentos como los siguientes:

- El del padre que abusa sexualmente de sus menores hijas⁴⁷.
- Del malhechor que rapta y ultraja a una indefensa niña.
- El de la muerte de la pequeña y única hija, a causa de hepatitis b generalizada, que en su lecho de muerte confiesa a sus progenitores que desde hace dos años venía siendo violada por sus medios hermanos⁴⁸.

⁴⁷ Vide CHOCANO RODRÍGUEZ, “La violación sexual y los actos contra el pudor de menores” en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N° 4, Grijley, Lima, Julio-Diciembre, 1994, p. 755-774

⁴⁸ Ver el artículo “Menor murió al ser contagiada de hepatitis “b”, en diario *Ojo*, del 16 de junio de 2007.

- De los cinco sujetos que conformaban una red de violadores de menores, grabando sus abusos para difundirlos por Internet, capturados en el operativo “Kova” en España⁴⁹.
- De los abusos contra menores cometidos por miembros de la Iglesia en el Estado de Rhode Island, que debieron ser indemnizados con 114'000,000 dólares⁵⁰.
- Del cura, Juan Andrés López Sosa, de 55 años, sacerdote católico paraguayo condenado a 8 años de prisión por abusar sexualmente de un monaguillo de 11 años de edad⁵¹.
- Del caso del padre Edson Ives Dos Santos, párroco del Estado brasileño de Goiás, que elegía a sus víctimas entre los huérfanos del hospicio de la parroquia donde impartía clases de catecismo.
- El caso de Alfieri Bompani, de 45 años, preso por abusar de niños de entre 6 y 10 años en una pawela en la que supuestamente hacía ayuda social.
- Del sacerdote Celso Morais, de 62 años que regentaba, tras la fachada de un centro de alfabetización, un prostíbulo de menores.

En estos casos no existe duda, ni lugar a discusión sobre la necesidad de proteger a dichas víctimas y de sancionar al agente delictivo⁵².

⁴⁹ Artículo “Desarticulan una red de violadores de bebés”, Fuente: 20 minutos, España: <http://www.20minutos.es/noticia/26815/23/>, rev. ago.07.

⁵⁰ En “Iglesia: indemnizaciones por “abuso sexual”, BBC Mundo.com: http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/news/newsid_2248000/2248472.stm, rev. ago.07.

⁵¹ “Paraguay: Sacerdote fue condenado a ocho años por abuso sexual”, del 28.08.2003. Fuente: MujerHoy: <http://www.mujereshoy.com/secciones/1143.shtml>, rev. ago.07.

⁵² En ellos se aprecia la “fácil conversión en meros objetos sexuales para disfrute de otras personas”, DÍEZ RIPOLLÉS, “El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual”

Sin embargo, también coexisten supuestos ajenos a todo tipo de violencia física o psicológica, actos que se han presentado frente a los órganos de administración de justicia, conductas que se han realizado de mutuo acuerdo y con la colaboración de la mujer menor de 18 años, dentro de una relación de enamorados o convivientes y, que en algunos casos se han referido a la continuación de la vida sexual con quien ya había procreado descendencia, formando una unidad familiar. Dichos supuestos no resultan extraños a nuestra sociedad, conforme a las estadísticas, líneas arriba ilustradas, sino que son periódicamente informadas por los medios de comunicación masiva. Así tenemos, entre otros:

- El de una joven mujer de 13 años de edad, la cual contrajo matrimonio con un hombre de 26 años de edad, hecho ocurrido el año 2007 y que, en palabras del Juez de paz, de no haber contraído nupcias, debería de haber sido detenido⁵³.

- El caso, ampliamente cubierto por los medios, del joven cadete de 16 años de edad, relacionado sentimentalmente con una mujer de 19 años de edad, que ante la inicial oposición de sus padres optó por fugar de su hogar⁵⁴, posteriormente, al ser detenidos, ambos fueron sometidos a tratamiento psicológico y psiquiátrico por orden judicial⁵⁵. Adicionalmente a ello, a raíz de

en *Derecho penal y discriminación de la mujer. Anuario de derecho penal 1999-2000*, PUCP y Universidad de Friburgo, Lima, 2001, p. 63.

⁵³ Así se leía en los medios de comunicación que la chica de 13 años se caso con un hombre de 26, en el caserío de Los Encantados, cerca del Ecuador, ello con el consentimiento de sus progenitores, “Mariano [padre de Ángel contó] (...) que la juez de paz (...) le dijo que si el padre de la menor hubiera denunciado a su hijo, este hubiera ido preso”. *El Comercio*, artículo titulado: “Menor de 13 años se casa con consentimiento de sus padres”, edición del lunes 2 de julio del 2007. pagina A-14,

⁵⁴ Ver el artículo “*Detienen en Tacna a menor que durmió a sus padres para robarles*”, diario *El Comercio* del jueves 20 de abril de 2006.

⁵⁵ El adolescente, Alex Cabrera V., de 16 años, y su enamorada, Ivetsi Lozano Ramos, de 19, retornaron a su vivienda, mientras que el Segundo Juzgado Mixto de San Juan de Miraflores, dispuso que ambos enamorados asistan a terapias psicológicas y

la inicial denuncia de los padres del joven, se formalizo una denuncia contra su enamorada, acusándola del delito de violación sexual, motivo por el cual fue internada, por un periodo de 20 días en el penal de Pocollay en Tacna, para ser, posteriormente, liberada bajo mandato de comparecencia⁵⁶.

- En un caso especialmente delicado⁵⁷, una menor [Dorila P. A] de apenas 12 años de edad alumbro a dos gemelas, en el departamento de la Libertad, una de las cuales llego a tener como padrino al alcalde de Trujillo⁵⁸, la menor, ahora madre, sostenía en todo momento ante las autoridades, que el matrimonio con su pareja [Eli V. Ortiz], constituiría para ella solo una mera formalidad pues convivía con aquel desde hacia más de un año y bajo el consentimiento de ambas familias⁵⁹, por lo cual en ningún momento se consideraba una mujer violada.

psiquiátricas. No obstante que los padres ya habían aceptado su relación. Ver el Portal Web de RPP, edición del lunes 3 de julio de 2006: http://www.rpp.com.pe/portada/nacional/43090_1.php

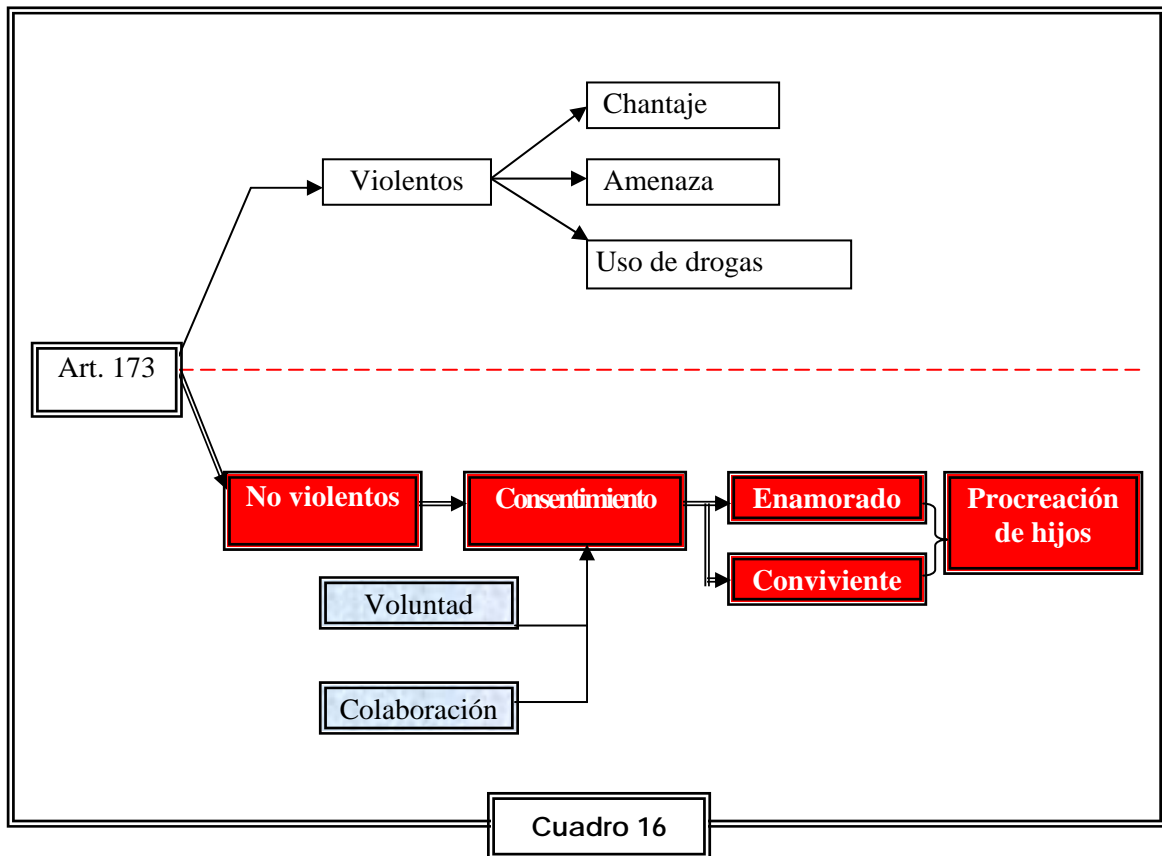
⁵⁶ La Sala penal de Tacna le habría otorgado comparecencia restringida, en la denuncia en la denuncia seguida en su contra por delito de violación en agravio de su enamorado. “Los (...) padres denunciaron ayer a la mujer ante la Divincri Sur por seducción”, noticia aparecida en el portal del programa periodístico *24 Horas*, del jueves 20 de abril del 2006.

⁵⁷ “Según Patricia Zanabria, asesora legal del Movimiento (...) Manuela Ramos (...) la niña no estaba ni legal ni psicológicamente lista para enfrentar una vida de pareja (...) y mucho menos para tener relaciones sexuales”. Artículo titulado “fue violación el caso de niña que alumbro gemelas”, diario *ojo* del 10 de enero de 2007.

⁵⁸ La menor afirmaba que “se encuentran (...) felices y tranquilos porque tienen una relación estable (...) manifestó que hace un año [que] convive (...) [e] insistió que no ha sido violada. /// (...) el padre de la niña-madre (...) dijo que (...) la relación sentimental (...) con un hombre mayor, (...) era visto como algo normal en su pueblo de Quiruvilva, en Santiago de Chuco, donde viven”. Artículo titulado “*feliz con esposo. No he sido violada dice menor*”. Diario *Ojo* del 12 de enero del 2007.

⁵⁹ “La niña (...), desafío a las autoridades (...) anunciando que se casará con él (...) insistió (...) [que] conviven (...) y su matrimonio sería solo una formalidad, pues cuenta con el consentimiento de ambas familias (...) según los especialistas, Villanueva Ortiz podría enfrentar cargos por violación sexual (...)”, noticia aparecida bajo el titulo de

El ámbito de aplicación de la norma quedaría entonces configurado de la siguiente manera:



Estos supuestos, en contra de lo pudiera aparentar, no resultan tan extraños a nuestra sociedad, llegando a tomar conocimientos de ellos por distintas vías. Así en 1999 se leía que el Ministro de Salud que “el Seguro Escolar [Gratuito] ha atendido (...) 3,400 partos en escolares adolescentes, desde (...) 1997, año en que se creó (...) sin contar las atenciones de embarazos (...) /// (...) sólo en 1998, en Lima (...) se atendieron 3,015 escolares en estado de gestación. De ellas 1,440 dieron a luz (...) /// “la mayoría prefiere ocultar su embarazo y no tienen control prenatal alguno, afirma el (...) coordinador nacional del Seguro Escolar Gratuito /// (...) En la

“espera cumplir mayoría de edad para casarse. Niña madre de 12 años sueña con matrimonio”. Diario ojo del 11 de enero de 2007.

Maternidad de Lima a diario atienden un promedio de 10 a 12 casos de embarazos y partos de adolescentes (entre 12 y 19 años). De ellos, entre 5 y 6 están en edad escolar (...) /// (...) la maternidad de (...) adolescentes no es un fenómeno nuevo en el Perú (a fines de los años 50 una de cada 12 mujeres había quedado embarazada antes de cumplir los 15 años) (...) la maternidad precoz es una de las principales causas de la deserción escolar”⁶⁰. Cabe recordar que, el Seguro Escolar Gratuito, iniciado en 1998 y convertido en el Seguro Integral de Salud, el año 2001, se implementó con un doble propósito. Subsidiar a la población escolar más pobre, y por el otro, combatir el ausentismo escolar.

La legislación penal en apariencia no pretende valorar el consentimiento y colaboración efectuada por los adolescentes menores de 18 años de edad, lo que técnicamente no es correcto. Precisamente esta falta de claridad o la ausencia de alternativas de solución, genera menor eficiencia en el sistema y ha llevado a que los operadores jurídicos, frente a graves conminaciones punitivas, cuando se han enfrentado con actos sexuales entre enamorados o convivientes, recurran a la búsqueda de argumentos para sostener la ausencia de pruebas (*in dubio pro reo*), el error de tipo vencible, respecto a la edad, o finalmente imponiendo en reemplazos de penas efectivas, la suspensión de las mismas por periodos de prueba de 1, 2 o 3 años. Estos ingeniosos caminos, aunque técnicamente no hayan sido los mejores, han permitido a los operadores jurídicos, frente a casos especialmente problemáticos, evitar consecuencias jurídicas y sociales no deseadas.

60 CARETAS, Revista, artículo: El Fenómeno del Ñaño. El Seguro Escolar Gratuito alumbró esta semana un problema embarazoso: la maternidad precoz. ¿Cómo atender ahora este parto?, N° 1558, 1999, Lima: <http://www.caretas.com.pe/1999/1558/escolar/escolar.htm> rev. ago.07

2.1.) Definición de indemnidad sexual

En el Perú, el *nomen iuris*, empleado en el Capítulo IX “*violación de la libertad sexual*” también ha sido señalado como generador de inconvenientes técnicos, atribuyendo que el término “*violación*” induce psicológicamente a presuponer siempre la presencia de violencia o amenaza y, en segundo término, a suponer que el bien jurídico común al íntegro de dicho capítulo está conformado por la “*libertad sexual*”⁶¹, lo que a merced de ser calificado de falso e incierto⁶². Este error es asumido por la jurisprudencia y la doctrina nacional⁶³. Para evitar estas confusiones, de *lega lata*, sería preferente su sustitución por la rubrica de delitos contra la “*indemnidad sexual*”⁶⁴ o “*delitos sexuales con abuso de superioridad*”, incluyendo encuentros sexuales con menores de edad, sujetos en estado de inconsciencia y enfermos mentales. Pero, en lo que se refiere a la presencia del consentimiento de menores, la doctrina y jurisprudencia patria suelen denominarlos “*violación sexual presunta*”, lo que demuestra un esfuerzo por

⁶¹ CHOCANO RODRIGUEZ, “La violación sexual y los actos contra el pudor de menores”, *Op. cit.*, p. 756.

⁶² *Ídem*, p. 756.

⁶³ Como muestra se puede apreciar que siguen esta tendencia; el R.N. 4715-2000- Amazonas (7 de mayo de 2001), R.N. 478-200- Santa-Chimbote (7 de abril del 2002), R.N. 2556-2004-Cusco (31 de enero de 2005), a nivel de la 1ª Sala Penal para reos libres del Cono Norte, Exp. 2617-2006 (24 de mayo del 2007) y a nivel del 16º Juzgado Penal de Lima, Exp. Nº 1247-2006.

⁶⁴ Sería preferible optar de *lege ferenda* por un *nomen iuris* más apropiado como el de “*Violación de la libertad e indemnidad sexuales*”, propuesto por CHOCANO RODRÍGUEZ, “La violación sexual y los actos contra el pudor de menores”, *Op. cit.*, p. 756 y 758, En contra DÍEZ RIPOLLES, quien entiende que el bien jurídico sigue siendo la libertad sexual, criticando que no existe consenso sobre el concepto de indemnidad, por lo que no lo justifica, no lo considera obligado ni adecuado. Así expresa que la “indemnidad y sus conceptos próximos presentan insuficiencias (...) difícilmente superables” DÍEZ RIPOLLÉS, “El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual” en *Derecho penal y discriminación de la mujer. Anuario de derecho penal 1999-2000*, PUCP y Universidad de Friburgo, Lima, 2001, pp. 64 y 67.

diferenciarlos de la “*violación sexual real*”⁶⁵. La idea que subyace es acercar la ley penal a la realidad antes revelada, y así cerrar la brecha con los cambios sociales, excluyendo del delito a los encuentros sexuales tales como los realizados entre una pareja de 14 años y un hombre de 16 o 18 años de edad. Este es el camino adoptado en Liechtenstein, Europa, donde se los tolera desde los 14 años, siempre que entre ellos no hay una diferencia mayor a los 3 años de edad⁶⁶. Así se podría sancionar los actos sexuales como los de una menor de 14 años con un hombre de 34 años, aunque medie su consentimiento, así como los supuestos donde el consentimiento se obtuvo mediando un pago (prostitución de menores).

Por ahora la jurisprudencia y doctrina mayoritaria recurre a la “*indemnidad*” como referente de este delictivo, sin embargo, se lo ha entendido cual concepto autosuficiente y, de cara a actos voluntarios y con prueba suficiente de la colaboración de ambos intervinientes, no se atina a indagar en qué ha de consistir ello para estos casos, sobretodo para efectos de graduar la pena. Recuérdese, que para el año 2007, una investigación del Ministerio de salud, ubicaba la edad del inicio sexual a los trece años y que en 1998 se estableció, que el 6.2% de las entrevistadas en Lima metropolitana, mantuvo relaciones sexuales de los 10-14 años de edad, mientras que a nivel nacional un 2% asistieron a universidades, otro 2% a

⁶⁵ Sala penal “C”, Exp. N° 1131-98, Lambayeque, (11 de junio de 1998) “[si] la (...) agraviada (...) contribuyo a la comisión del delito (...) [se] condena (...) violación sexual presunta”. FRISANCHO APARICIO, *Jurisprudencia penal, Ejecutorias Supremas y Superiores 1998-2001*, Juristas, Lima, 2002, pp. 366-367; De la misma forma la Res. N° 0458-2003- Callao, (07 de julio de 2003): “la figura de “violación presunta” no admite el consentimiento como acto exculpatario ni para (...) la reducción de pena”, GACETA JURÍDICA, *El Código Penal en su jurisprudencia*, Lima, 2007, p. 277.

⁶⁶ Ello guarda coherencia cuando se toma en cuenta que “cuando se tiene con un adulto es harto probable que haya un prevalimiento de su superior experiencia (...) y una instrumentalización del menor de edad”, BOIX REIG; ORTS BERENGUER, “Consideraciones sobre: Los delitos de violación de la libertad sexual, proxenetismo y ofensas al pudor público en el Código penal peruano” en *Revista peruana de ciencias penales*. Año VII, VIII, Ed. N° 11, Idemsa, Lima, setiembre, 2002, p. 155.

centros de estudios superiores, 7.7%, permanecían casadas o convivían. Como se ha sostenido, la doctrina reconoce la existencia del consentimiento de algunos menores, pero sólo se ha llegado a concretar una subclasificación, denominándolos casos de “*violación presunta*”, pero mantiene la “*intocabilidad sexual*” o *indemnidad sexual* como referente, sin que a nivel teórico (dogmática) o jurisprudencial, se haya fundamentado a suficiencia el rol que debe de jugar una presunción de indemnidad, que no posee una base empírica, cuando de relaciones sentimentales (enamorados y convivientes) se trate.

Desde un punto de vista respetuoso de la idea de lesión efectiva al bien jurídico, una prohibición de prueba en contrario, en estas circunstancias, resulta en entredicho con el derecho de defensa que la Constitución ha garantizado. Así cuando se sostiene la protección del “*futuro*” de la libertad sexual⁶⁷ o una potencial probabilidad genérica de causar un daño y ocasionarle una vida infeliz hasta su muerte⁶⁸, bajo la hipótesis de partida de que el ejercicio sexual prematuro siempre afecta su

⁶⁷ Respecto a esta libertad se sostiene que “solo puede apoyarse en la capacidad para conocer y entender el significado de la entrega sexual”, HERNÁNDEZ GALLEGOS, “Abusos sexuales” en *Estudios sobre el Código penal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, p. 38, A lo que críticamente se ha observado que se protege para que en el futuro, “cuando (...) adulto decida en libertad (...) mientras tanto (...) no puede herirse porque no se puede lesionar lo que aun no existe”. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, Titant lo Blanch, España, 1996, p. 178.

⁶⁸ Así, SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal, Parte especial*, 7ª ed., Dykinson, Madrid, 2002, p. 204. En otras palabras “pueden ser manipuladas e instrumentalizadas, con riesgo de (...) sus procesos de formación y socialización”, BOIX REIG; ORTOS BERENGUER, “Consideraciones sobre: Los delitos de violación de la libertad sexual, proxenetismo y ofensas al pudor público en el Código penal peruano” en Revista Peruana de Ciencias Penales. Año VII, VIII, Ed. Nº 11, Idemsa, Lima, setiembre 2002, p. 146. En esta línea sostenía en Argentina Tejedor, que “pueden (...) comprometer la felicidad de toda la existencia” en MORENO, “*El Código penal y sus antecedentes*” citado por CORIGLIANO en “Delitos contra la integridad sexual”, en Revista *Derechopenalonline*.

personalidad y le genera un desequilibrio biopsíquico, sospechando que “cuando adulto repetirá la victimización con otros niños”⁶⁹. Sin embargo dichos pronósticos, en caso de actos sexuales juveniles voluntarios -a decir de MUÑOZ CONDE- no parten de una comprobación científica, oponiendo a aquello que la hipótesis de que en ocasiones “favorece el desarrollo psíquico y una mejor afectividad en las relaciones interpersonales futuras”⁷⁰, cita que ya en una oportunidad recogió la jurisprudencia de la Suprema Corte peruana.

Corte Suprema de Justicia

Primera Sala Penal Transitoria

Exp. N° 2456-99, Junín

Lima, 5 octubre de 1999.

“(…) como lo señala el profesor Francisco Muñoz Conde (…) algunas veces las relaciones sexuales que mantiene una menor de catorce años no le causa traumas psíquicos, sino [que] en algunos Códigos penales como el español de mil novecientos noventa y cinco, la edad de este tipo de delitos se ha rebajado a los doce años”⁷¹.

2.2.) Presunción contra el reo.

Para estos delitos resulta frecuente la aplicación de una presunción *iure et de iure*⁷², la cual se concreta en una presunción de falta de madurez⁷³

⁶⁹ GREGORIO BUSTAMANTE, *Abuso sexual infantil: Denuncias falsas y erróneas*, Omar Favale, Buenos Aires, 2004, p. 15.

⁷⁰ MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, op. cit., p. 177.

⁷¹ CHOCANO RODRÍGUEZ, VALLADOLID ZETA, *Jurisprudencia penal, Ejecutorias de la Corte Suprema de Justicia (1997-2001)*, Juristas, Lima, 2002, p. 75.

⁷² En este sentido ORTS BERENGUER, *Delitos contra la libertad sexual*, Tirant lo Blanch, España, 1995; p. 117.

⁷³ *Ídem*, cita 43, p. 117.

o insipiente sexual⁷⁴, por ello se pretexta que tratándose de los enamorados y convivientes, la existencia de medios de prueba sobre el consentimiento resultaría irrelevante a efectos de la tipificación⁷⁵, es decir, que no obstante que el juez este convencido del consentimiento, se la considere incapacitada para discernir sobre su conducta sexual, postura de la que nos alejamos, pues la capacidad de decisión, es un factor que depende del medio socio-cultural, atribuida por la comunidad, ello explica que en las comunidades de la Amazonia, como en los de la sierra peruana, sus comunidades las consideran plena capacitadas para aquello, después de la primera menstruación y por tanto a temprana edad. En todo caso un análisis del consentimiento y la capacidad no se haya vedado, en nuestra legislación y deberá considerarse al ponderar la consecuencia jurídica a imponerse, se trata pues de una capacidad natural, cuya posible existencia, autores como ORTS BERENGUER, reconocen como posible en algunos menores⁷⁶ y que entre nosotros, en fecha reciente, el año 2007, se ha comprobado empíricamente por investigaciones del Ministerio de Salud⁷⁷.

Así en la legislación colombiana, apelando un criterio socio-biológico BARRERA DOMÍNGUEZ, señala que “acudir a las presunciones lleva (...) a que se tome como real lo que no es cierto, pues (...) puede ocurrir que la mujer o el varón lleguen a la capacidad sexual externa antes de esos catorce

⁷⁴ HERNÁNDEZ GALLEGO, “Abusos sexuales” en *Estudios sobre el Código penal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, p.39.

⁷⁵ Así se han manifestado en el Perú, CHOCANO RODRIGUEZ, “La violación sexual y los actos contra el pudor de menores”, *Op. cit.*, p. 763, PEÑA CABRERA, *Delitos contra la libertad sexual*, Guerreros, Lima, 2002, p. 86.

⁷⁶ ORTS BERENGUER: “[es] razonable la implantación de un tratamiento diferenciado (...) [de la penalidad] más benigna (...) según medie o no la anuencia del menor” *Delitos contra la Libertad Sexual*, Tirant lo Blanch, España, 1995, pp. 117-119.

⁷⁷ Confrontar el diario oficial “el Peruano” del 10 de agosto de 2007, sección Actualidad.

años, por lo cual habría sido más técnico aludir a personas impúberes (...) razón [que] (...) hace aconsejable esta enmienda"⁷⁸.

"La sistemática estrictamente cronológica puede, ser (...) fuente de imprecisión y (...) problemas a la hora de ser aplicada a los casos individuales; así (...) por encima del indicador cronológico se encuentra el examen, (...) de la imposibilidad real de prestar un consentimiento válido (...).⁷⁹

"la determinación de este límite de edad, debe ser autónoma (...) aunque (...) [no] inconsulta e irreflexiva, debe desarrollar en su justa medida los aportes de la ciencia y la experiencia (...)"⁸⁰.

"Es difícil generalizar que todos los menores de catorce años (...), merezcan la referida protección absoluta, en cuanto inmaduros psicológica y biológicamente para decidir (...), de la misma manera no puede comprenderse que la persona con catorce años menos un día, (...) sea plenamente incapaz por inmadurez y al día siguiente emita en plenitud de conciencia y voluntad, válidamente su consentimiento(...).

El margen judicial de evaluación, en fase de tipicidad objetiva, es una necesidad imperiosa en este campo".

BARRERA DOMÍNGUEZ manifestó "suponer que (...) antes de cumplir esos catorce años de edad, no cuenta con la información sexual indispensable para prestar consentimiento válido, es presumir algo que la misma realidad

⁷⁸ BARRERA DOMÍNGUEZ, *Delitos sexuales*, Temis, Bogotá, 1963, citado por POSADA CASTAÑO; SALAZAR CORREA, *Aproximaciones criminológicas y de la personalidad del abusador sexual*, Antioquia, 2005, disponible en: http://www.justiciaviva.org.pe/penademuerte/perfil_sicologico/perfil_psicologico_colombiano.pdf

⁷⁹ Citado por POSADA CASTAÑO; SALAZAR CORREA, op cit., p.. 106.

⁸⁰ Citado por POSADA CASTAÑO; SALAZAR CORREA, op cit., 122

contradice, (...) la misma prostituta menor de catorce años de edad (...), puede ser sujeto pasivo de ofensa a la libertad sexual y nadie puede asegurar esa falta de experiencia y conocimiento sexuales".

MARTÍNEZ ZÚÑIGA, señala que "Es difícil pensar, (...) que por un día o unas horas una misma acción pierda su carácter delictivo. Que el individuo que se acuesta con una mujer en la noche del decimocuarto cumpleaños de ésta, cometa delito en el acceso nocturno, pero si al despertarse reincide en el acto, ya no es ilícito".⁸¹

2.3.) Fallas en la sistemática de la proporcionalidad de las penas.

La lucha contra los actos sexuales violentos y con abuso de superioridad, resultan plenamente legitimadas pues ellos representan la supervivencia de nuestra sociedad, y por ende la supervivencia de toda la especie humana, lo que se trata en definitiva es evitar la creación de ámbitos de impunidad y que la sociedad tome la justicia en sus manos, circunstancia que no ha sido ajena a nuestra sociedad.

Cuando la ley N° 28704 (05 de abril de 2006), establece la punición de los actos sexuales con consentimiento y colaboración de una menor entre los 14 años y menor de 18, contendría un *quantum* punitivo inconstitucional, si se considera que la norma fundamental (artículo 2º.1) crea una jerarquía en la cual la protección de la vida debería estar por sobre la represión de encuentros sentimentales.

⁸¹ MARTÍNEZ ZÚÑIGA, Derecho penal sexual, Temis, Bogotá, 1972, citado por POSADA CASTAÑO; SALAZAR CORREA, op cit., 123-124

Jerarquía	Constitución Política	Código Penal	Penas conminadas
1er nivel	Vida Humana	Acto sexual entre enamorados y convivientes	25 a 30 años
2do nivel	Libertad sexual	(Vida Humana) Homicidio	6 a 20 años

Cuadro 17

Se observa que no sólo la pena que recibiría un homicida eventualmente puede ser de 6 años de privación de su libertad, en su extremo mínimo (art. 106), mientras que al acto sexual consentido con un enamorado o conviviente, conforme a la actual legislación, recibiría como mínimo una pena de 25 años (art. 173, Ley 28704). De cara al estado actual de la punición de las relaciones sexuales afectivas, se muestra contrario a dicha jerarquía constitucional anotada, por tanto se ha de enfrentar igualmente con el propio Código penal, cuyo artículo VIII establece la proporcionalidad de la medida a tomar y, estar en entredicho con el artículo IV del mismo cuerpo de leyes, que exige la lesión o peligro de algún bien jurídico para facultar la imposición de una pena. En este sentido, la ampliación de la punición de los actos sexuales, en el sector comprendido entre los 14 y los 18 años de edad, se encuentra de espaldas a las investigaciones empíricas que han sido canalizadas a través del Instituto Nacional de Estadísticas e Informática, que el año de 1998, establecía el inicio sexual a los 14 años de edad⁸² y con fecha más reciente, la investigación efectuada el año 2007, del Ministerio de Salud, que lo

⁸² Confrontar la encuesta ENAHO-98 del Instituto Nacional de Estadística e Informática, "Edad de las mujeres al tener su primera relación sexual": <http://www.inei.gob.pe/biblioineipub/bancopub/est/lib0078/S03-1.htm>.

estableció en los 13 años de edad⁸³. Brecha que como se observa no ha tenido un cambio sustancial. Para evitar esta falta de concordancia de la norma con la realidad, los órganos de administración de justicia, deben permitir a dichos menores manifestar libremente si medio o no su aquiescencia en los hechos materia de juicio⁸⁴. Ello guarda concordancia con la “*Convención sobre los derechos del niño*”⁸⁵ y el “*derecho a ser oído*” en el juicio penal⁸⁶ que otorga a los menores de 18 años de edad (art. 1º), o que podrá ser canalizado a través del artículo 45º del Código penal, cuyo inciso tercero orienta al juez a considerar «los intereses de la víctima, su familia o las personas que de ella dependan», es decir, el interés de la víctima en que la persona con quien mantenía una relación sentimental no sufra prisión, el interés en que la familia así formada no se desuna o el interés de los hijos anteriormente procreados en conservar a sus padres. De la misma forma deberá tomar en cuenta el artículo 46º Código penal en cuanto a la gravedad del hecho y en especial tomando conocimiento directo de la víctima. Resultan gráficos al respecto, los resultados estadísticos compilados por

⁸³ Confrontar “EL PERUANO”. Diario oficial peruano. Artículo: “Revelador. Estudio se realizó en seis ciudades del país con recursos del fondo mundial. Adolescentes peruanos se inician sexualmente a los 13. Empero, aumenta el rango de menores que lo hacen desde los 11 años. Investigación revela vulnerabilidad al VIH/Sida por escasa protección”. Edición del 10 de agosto de 2007. Sección Actualidad.

⁸⁴ “El uso de preguntas directivas, sugestivas, conductivas, etc., por (...) psicológicos y médicos psiquiatras es (...) conculcante del Art. 12 del Convención (...) lo que hay que tener en cuenta son “las opiniones del niño” y no las sobreinterpretaciones (...) o interpretaciones putativas de sus dichos por los profesionales de la Salud Mental” GREGORIO BUSTAMANTE, *Abuso sexual infantil: Denuncias falsas y erróneas*, Omar Favale, Buenos Aires, 2004, p. 133.

⁸⁵ Ratificada mediante la Res. legislativa N° 25278 del 03 de agosto de 1990.

⁸⁶ Art. 12. 1. “Los Estados (...) garantizarán al niño (...) el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que [le] afectan (...) teniéndose (...) en cuenta (...) [sus] opiniones (...) en función de la edad y madurez (....) 2.(...) se [le] dará (...) [la] oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial (...) que [lo] afecte (...) directamente”.

VÁSQUEZ BOYER⁸⁷, a los que recurrimos para demostrar que no ha sido ajena a la labor judicial, la disminución de la pena por debajo del mínimo establecido en el art 173º del Código penal, que, si bien, se ha efectuado en el contexto del texto ahora derogado, no merma su capacidad grafica.

PENAS DE 1 Y 2 AÑOS IMPUESTAS POR DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL DE MENORES EN LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAMBAYEQUE

1ª Sala Penal	Pena privativa de libertad	Violación sexual	Casos
1996	2 años	Art. 173	1
1999	2 años	Art. 173	1
	2 años	Art. 173	1

2ª Sala Penal	Pena privativa de libertad	Violación sexual	Casos
1992	2 años	Art. 173 (Inc. 3)	1
	2 años	Art. 173	1
1993	1 año	Art. 173 (Inc. 3)	1
1999	1 año	Art. 173 (Inc.3)	1

3ª Sala Penal	Pena privativa de libertad	Violación sexual	casos
1994	2 años	Art. 173	1
1999	1 año	Art. 173 (Inc. 3 último párrafo)	1

Cuadro 18

2.4.) Críticas a las causas de justificación

⁸⁷ VÁSQUEZ VOYER, "La ley aplicable a los delitos de violación sexual en las tendencias de los índices delictivos". Tesis para optar el grado de magíster en Ciencias Penales, UNMSM, Lima, 1993.

En estricto, aún cuando la doctrina penal peruana mayoritaria considere lo contrario, la ley penal valora el consentimiento de los menores para el acto sexual, al darle efectos de “*atipicidad*” desde los 16 años de edad, de conformidad con el Código Civil que permite su matrimonio, estableciendo que desde entonces los encuentros sexuales no sean punibles, aunque se realicen dentro de un periodo de dos años (16-17) en que el derecho penal reclama su punición. Aquí el vínculo matrimonial, en realidad no juega un rol decisivo pues el consentimiento de la menor, ahora casada, para relacionarse extra matrimonialmente, torna en atípica la conducta, a pesar de que este tercero tenga pleno conocimiento de la minoridad de edad de la mujer y la ausencia del vínculo matrimonial entre aquellos, hallando su explicación en el hecho de que su conducta no crea ya un riesgo al bien jurídico “*indemnidad*” por haber dejado de existir desde el matrimonio y sin la posibilidad de recobrar vida con un eventual divorcio o separación de hecho. Tal circunstancia fue advertida en la Colombia⁸⁸, cuya justicia negó al matrimonio efectos diferenciadores respecto al acto sexual consentido.

⁸⁸ En Colombia se sostiene que el embarazo adolescente responde a condiciones socioeconómicas y contextuales, con mayor riesgo entre las adolescentes de menor nivel socioeconómico y de regiones menos desarrolladas, aunado a ello los factores socioculturales como los valores y percepciones sobre la familia y los hijos, el tipo de familia, la presión ejercida por otros adolescentes, el contexto social y “los medios de comunicación, especialmente la televisión”. ELISA FLORES, “La fecundidad entre las adolescentes colombianas” en Boletín Actualidad Colombiana, Edición N° 425. Marzo-Abril: <http://www.actualidadcolombiana.org/boletin.shtml?x=1094>. Lo que guarda relación con lo sostenido en Uruguay, donde uno de cada 5 nacidos vivos es hijo de madre adolescente, reportándose el 2003, en el Hospital Pereira Rossel, que el 24% de ellos tuvieron padres de 10-19 años, sosteniéndose que “la mejor forma de prevenir[lo] (...) es la educación sexual temprana”, SAVE THE CHILDREN. Programa regional para América Latina y el Caribe, “Aumento de madres adolescentes. La situación en Montevideo”, Uruguay.: http://www.scslat.org/news/esp/noticias.php?_cod_70.

Juzgado Primero Penal del Circuito, Apartadó, (Antioquia)

Colombia

15 de agosto de 2002

(...) si se presume (...) que los menores de catorce años, no tienen la capacidad para realizar relaciones erótico sexuales y (...) se dice que cuando un adulto las tiene con ellos (...) está viciado su consentimiento y (...) se sanciona el comportamiento, ¿cuáles son las razones que tiene el Código civil (...) para autorizar a los menores de catorce años a contraer matrimonio?. No viendo diferencia entre un acto sexual como el realizado por el acusado con [la menor M.P.] (...) y el ejecutado con una menor de catorce años luego de contraer matrimonio. Que entonces el vicio de consentimiento presumido en el menor de catorce años se subsane con el asentimiento dado por los padres del menor o por quien lo tenga a su cuidado (...) [se] considera ilógico puesto que quien va a tener las relaciones sexuales es el propio menor [y no los padres].

Esto se manifiesta como una de las primeras exteriorizaciones de la ausencia de merecimiento y necesidad de pena, pues no se puede lesionar lo que ya no existe.

Esta falta de coherencia y sistemática, necesariamente va a tener consecuencias de cara al derecho penal. Así la irrelevancia de los actos sexuales post matrimoniales, ubica como primer límite provisional a la edad del consentimiento para el acto sexual, a los 16 y no a los 18 años, como aparentemente, una interpretación aislada de la norma parecería indicar. Este límite de los 16 años, es igualmente acogido por la Corte Suprema en el Acuerdo Plenario N 07-2007, sin embargo, se podrá apreciar que este límite de edad es aun inferior al señalado.

2.5.) Críticas sobre la base de la valorización del consentimiento por dinero

Nuevamente la Ley 28704 da muestras de una técnica legislativa deficiente, cuyas fallas sistemáticas crean un segmento de inseguridad jurídica⁸⁹. En contra de lo que suele sostenerse, la ley penal peruana valora el consentimiento de los menores⁹⁰ a partir de los 14 años de edad, otorgándole el efecto de disminuir la pena hasta un margen que oscila tan solo entre los 4 a 6 años de sanción. El problema, en estos casos estriba en que dicho consentimiento aparentemente solamente interesa al derecho penal cuando se ha obtenido mediante un pago de dinero, prostitución⁹¹.

⁸⁹ Absteniéndose de argumentos técnico-dogmáticos, coinciden en las críticas a la norma algunas ONGs señalando que “continúan efectos nocivos de la ley que penaliza relaciones sexuales de adolescentes” Fuente: MILENIA RADIO, 08 de enero de 2007, Lima: http://www.radiomilenia.com.pe/not08ene072.php?action=results&poll_ident=32, “DEMUS expresa su preocupación frente a norma que modifica los delitos contra la libertad sexual”. Fuente: DEMUS: http://www.demus.org.pe/Menus/noticias/libertad_sexual.htm y de cara al derecho penal, la tilda de “desconocedora de lo más elemental del derecho penal”, RODRÍGUEZ HURTADO, “El nuevo grito de guerra del torpe legislador draconiano: a la cárcel por “violador”, aunque la “víctima” haya consentido libremente la relación sexual o análoga”, en Portal del Poder Judicial, Lima: <http://www.pj.gob.pe>

⁹⁰ En este sentido, DÍEZ RIPOLLÉS, considera que la ley penal reconoce ámbitos de libertad sexual en menores, “en la regulación vigente se aprecia (...) un amplio reconocimiento del ejercicio de la libertad sexual por parte de menores”, “se reconoce parcialmente (...) la libertad sexual a los menores de 13 años”, “especialmente relevante es el reconocimiento, implícito o explícito, (...) que en (...) los delitos relativos a la prostitución se otorga relevancia punitiva al ejercicio de la libertad por menores”, “las conductas de prostitución (...) de menores (...) se prestan fácilmente a una interpretación en clave protectora de la libertad sexual”, DÍEZ RIPOLLÉS, “El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual” en *Derecho penal y discriminación de la mujer. Anuario de derecho penal 1999-2000*, PUCP y Universidad de Friburgo, Lima, 2001, pp. 64,65, 66 nota 61, 71.

⁹¹ Art. 179º-A. El que, mediante una prestación económica o ventaja de cualquier naturaleza tiene acceso carnal (...) con una persona de 14 y menor de 18 años, será

Esta incoherente técnica legislativa, del tratamiento al consentimiento lleva a que el mismo, brindado en el ejercicio de la prostitución se considere valido y juegue el rol de una causa de atenuación de la pena, pero que al mismo tiempo, una incorrecta interpretación gramatical, le niegue valorar cuando se trate de encuentros sentimentales. Ante ello el juez, en su labor diaria debe superar dichos defectos legales recurriendo a los principios de proporcionalidad y coherencia interna, lo que lleva a concluir que el consentimiento se valora a partir de los 14 años de edad, cuando ha mediado vínculo sentimental y no sólo cuando se ejerce la prostitución. Sostener lo contrario no sólo se tildaría de irracional, si no que el Estado fomentaría a los abogados de la defensa hallar una salida para sus defendidos aconsejando a los enamorados o convivientes declarar ante el juez la existencia de un pago de por medio, es decir pasar una relación sentimental como un acto de prostitución para soslayar penas desmedidas⁹². Como se sabe el Estado no debe dar mensajes sociales que orienten a sus ciudadanos a incumplir, o burlar la finalidad de las normas e inducirles a mentir a sus autoridades.

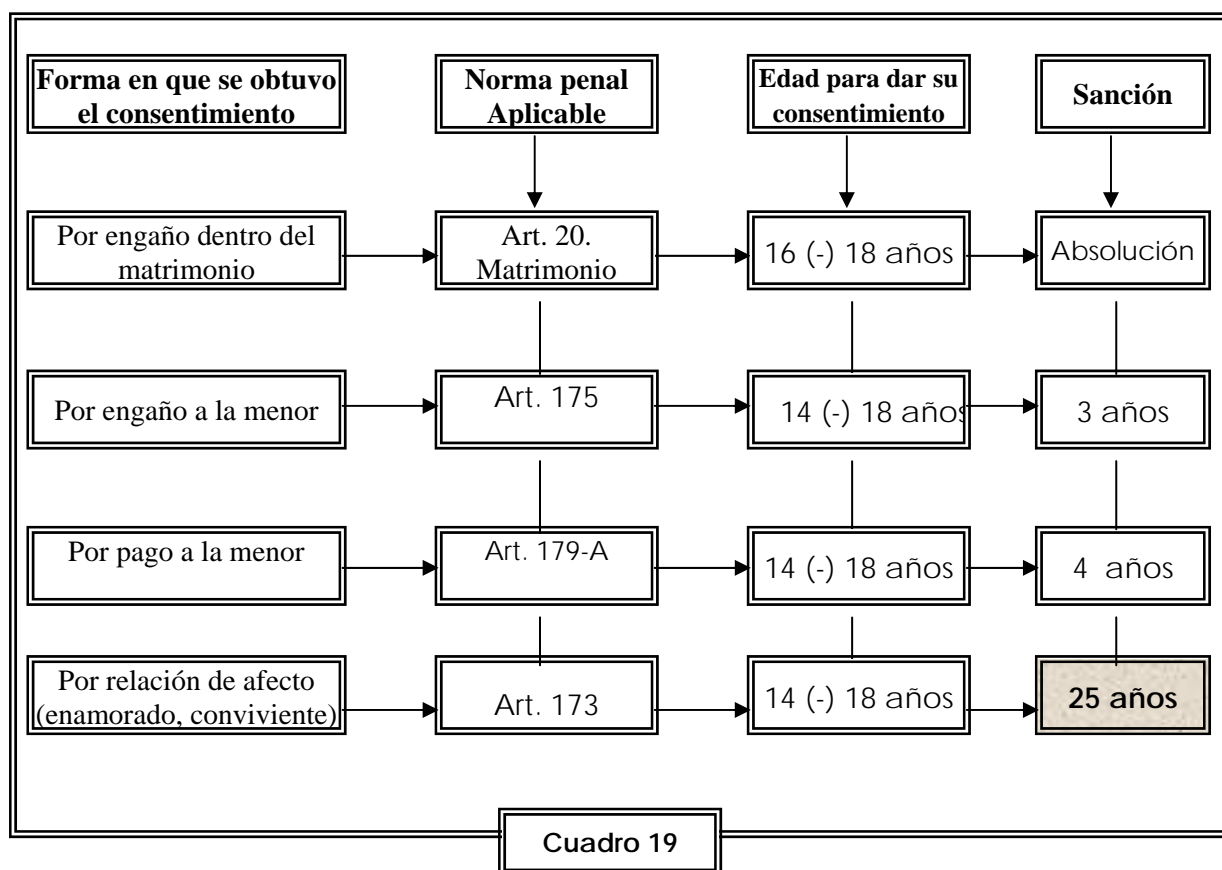
2.6.) Críticas sobre la base de la valorización del consentimiento por engaño

Otra fuente de problemas generalmente se genera al interpretar la ley en el sentido de no admitir el consentimiento sentimental de menor es de 14 a 17 años (enamorados- convivientes), pero si hacerlo sin reparos cuando se obtenga mediante engaños. Es decir, un consentimiento viciado respecto de la persona, más no del acto sexual, del que nos habla el artículo 175º del

reprimido con pena (...) no menor de 4 ni mayor de 6 años. Artículo incorporado por el art. 2º de la Ley Nº 28251 publicada el 08 de junio de 2004.

⁹² Al respecto confrontar DÍEZ RIPOLLÉS, *La racionalidad de las leyes penales. Práctica y teoría*, Trotta, Madrid, 2003.

Código penal (seducción)⁹³. Otorga así la norma penal otro efecto atenuante al consentimiento al disminuir la pena a un límite de 3 a 5 años de privación de la libertad, mientras que una interpretación incorrecta de la ley penal, en apariencia, niega efectos atenuantes al consentimiento otorgado sin atisbo de engaño o móvil defraudatorio. Así cuando hay engaño la pena eventualmente sería de 3 años y cuando no lo hay de 25 años.



⁹³ Art. 175°. (...) mediante engaño tiene acceso carnal (...) [con] una persona de catorce años y menos de dieciocho años será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años. Versión conforme al art. 1º de la Ley Nº 28251.

III) Actitud de los operadores jurídicos

El campo donde los problemas advertidos van a exteriorizar sus consecuencias, es en la labor judicial. Así un sector rechaza analizar cualquier posible relevancia del consentimiento y colaboración, tanto para la atipicidad del hecho para su atenuación, a la par que otro lo considera determinante. Esta ausencia de homogeneidad afecta la seguridad jurídica en lo que dice de la predictibilidad de los fallos judiciales. Si a ello se añaden otras variables externas como el prejuicios⁹⁴ morales o religiosos sobre la sexualidad⁹⁵, el temor a la reacción de los medios de comunicación o el riesgo de sufrir acciones administrativas o judiciales (prevaricato), entonces se aclara que nuestra propuesta no estriba en disminuir la tutela penal frente a las agresiones sexuales, ni favorecer las excusas de los procesados al intentar librarse de su responsabilidad, tanto señalando un falso consentimiento, una vida moralmente no ejemplar, o abusando de su precariedad económica. Los órganos de persecución y de juicio han de evitar el atisbo de aquella injusta impunidad⁹⁶.

⁹⁴ Ya en 1894, Hans GROSS, proponía estudiarlos en jueces poseían. Policía Nacional del Perú, *Manual de Criminalística*, 1ª parte, Lima, 1966.

⁹⁵ Se ha señalado que “se agolpan los prejuicios, se entrecruzan planos y afloran preferencias dispares” “aun aceptando (...) las razones que subyacen a la incriminación (...) no podemos dejar de observar que, en buen medida, están fundadas en prejuicios y presunciones no contrastadas”, BOIX REIG; ORTS BERENGUER, “Consideraciones sobre: Los delitos de violación de la libertad sexual, proxenetismo y ofensas al pudor público en el Código penal peruano” en *Revista peruana de Ciencias Penales*. T. 11, Idemsa, Lima, setiembre 2002, pp. 148 y 155.

⁹⁶ Un ejemplo de aquello se halla en la jurisprudencia española (Casación Nº 3.614 de diciembre de 1994), que no encontró obstáculos para sancionar la violencia sexual sobre una mujer que se dedicaba a la prostitución, sosteniendo que: “Lo que la defensa ha querido alegar es que la violencia ejercida (...) sólo se habría dirigido a lograr el cumplimiento (...) del acuerdo (...) sobre relaciones sexuales por precio(...) a pesar de un acuerdo más o menos indeterminado (...) la víctima mantenía el derecho a poner límites a sus prestaciones, (...) en el acuerdo no enajenaba su condición de persona y,

3.1.) Sector que rechaza valorar el consentimiento

No resulta extraño encontrar un cúmulo de sentencias que niegan toda relevancia al consentimiento. Son muestra de ello, el Exp. N° 2869-94⁹⁷ (05/dic/94), donde se sostuvo que la pena a aplicar debía de ser la máxima conminada en la norma aunque mediara confesión sincera, arrepentimiento y aquiescencia de la menor.

La Resolución N° 904-2003⁹⁸ (05/oct/03), recurriendo a criterios claramente morales sostuvo que no interesaba el consentimiento pues lo que se protegía era “la inocencia”, argumento discutible⁹⁹, no sólo por desconocer la diferencia entre el derecho y la moral¹⁰⁰, sino que incluso desde el punto de vista moral, se pueden hallar argumentos en contra. Así Juan Pablo II, en el Código canónico de 1995, estableció que ante los ojos de la Iglesia católica los actos sexuales resultan atípicos cuando medie el consentimiento de menores desde los 16 años de edad¹⁰¹.

por ello, el autor no podía tratarla como un objeto, (...) el recurrente no tenía derecho a una ejecución forzada y violenta del acuerdo al que había llegado con la víctima”.

⁹⁷ GACETA JURÍDICA, *Dialogo con la Jurisprudencia*, , Año 11, N° 85, Octubre 2005, p. 192.

⁹⁸ *Ídem*, p. 191.

⁹⁹ Así advierte DÍEZ RIPOLLÉS que “acudir a un concepto, el de dignidad personal, poco adecuada para caracterizar un bien jurídico”, en “El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual” en *Derecho penal y discriminación de la mujer. Anuario de derecho penal 1999-2000*, *Op. cit.*, p. 70.

¹⁰⁰ Se han ideado algunas teorías que buscan “desvincularlo de (...) concepciones éticas sobre lo sexualmente correcto (...) un concepto puramente negativo (...) no sufrir interferencias en el proceso de formación”, DÍEZ RIPOLLÉS, “El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual” en *Derecho penal y discriminación de la mujer. Anuario de derecho penal 1999-2000*, *Op. cit.*, p. 63.

¹⁰¹ TSCHADEK refiere de un juicio por corrupción de menores donde apreció las declaraciones de tres niñas de 12 a 13 años respecto a las cuales sostiene que “ya no

En el Exp. signado con número 10-99 (04/May/99) se rechazó expresamente diferencias entre las relaciones violentas y otras pacíficas aunque medie consentimiento de por medio y contarse con la aquiescencia de la madre de la mujer con la que se mantenía una convivencia, y por último en la Res. número 0458-2003 - Callao (07/jul/03), se negó, nuevamente, la posibilidad de reducir la pena en base al consentimiento otorgado¹⁰².

3.2.) Sector que acepta la valoración del consentimiento. La praxis jurisprudencial de la Corte Suprema

La Corte Suprema ha tomado un camino adverso a la negativa de valorar el consentimiento. La razón de aquella postura encontraría una de sus explicaciones en su competencia nacional, lo que le ha permitido una visión global de hechos tales como los enunciados seguidamente:

eran unos angelitos y habían cooperado asaz activamente en la realización del delito sexual imputado a un joven de 17 y un anciano de 67 años de edad”, a lo que añade que “nuestros hijos se hallan físicamente más desarrollados que la generación jóvenes de hace 10 o 20 años (...) también en el grado de madurez sexual”. TSCHADEK, *La prueba*, Temis, Santa Fe de Bogotá, 1999, p. 13. Por su parte GREGORIO BUSTAMANTE, *Abuso sexual infantil: Denuncias falsas y erróneas*, Omar Favale, Buenos Aires, 2004, p. 93, añade que “la experiencia sexual entre adolescentes de 13 años es (...) frecuente y extendida (...) y aún antes (niños /niñas de 10 años). Mucha bibliografía (...) ha quedado desactualizada (...) debemos de tener sumo cuidado cuando hablamos del “indicador” conocimiento *inapropiado para su edad* (...). Los estudios indican que cada día los niños más pequeños tienen mayor información sexual a su alcance (incluso clases de educación sexual)”.

¹⁰² También en una Res. del Exp. N° 63-04 (01/oct/04), ambas en GACETA JURÍDICA, *Diálogo con la Jurisprudencia*, Año II, N° 85, Octubre 2005, p. 191.

El año 2005, en el Recurso de Nulidad, tras analizar el caso de las relaciones sexuales sentimentales consentidas, de una mujer de 11 años, por debajo de la edad límite legal empleada entonces (14 años), y su enamorado de 18, determinado que tan sólo merecía una pena suspendida por un periodo de prueba de dos años.

Corte Suprema de Justicia

Primera Sala Penal Transitoria

R.N. 1175-2005, Madre de Dios del 10.06.05,

“SEGUNDO: (...) mantuvo relaciones sexuales con la agraviada (...) cuando (...) contaba con once años de edad; (...) hechos (...) corroborados con la (...) manifestación del encausado, (...) [que] ha aceptado haber sostenido relaciones sexuales con la menor, quien era su enamorada, (...); aunado a (...) la versión de la menor (...) [que] ha manifestado que (...) era su enamorado y que mantuvo relaciones (...) por su propia voluntad; (...), la pericia psicológica (...), donde se concluye que (...) presenta actitudes de rebeldía y búsqueda de apoyo en su enamorado, lo que corrobora la versión (...) [de] los padres (...) [de] que fue ésta quien en mas de una oportunidad se escapó de sus casa, llevando su ropa con dirección a la casa del encausado. CUARTO: (...) el error de tipo alegado (...), no se configura; (...) siendo (...) persona muy cercana a la familia de la agraviada, (...) [y que] la menor cursaba estudios primarios, por lo que era de suponerse que no contaba aún con catorce años; finalmente resulta poco creíble que existiendo una relación sentimental entre el encausado y la agraviada (...) haya desconocido la edad de la menor. QUINTO: Que (...) las exigencias que determinan la aplicación de la pena, no se agotan en el principio de culpabilidad, (...) se debe tener en cuenta las condiciones personales del encausado, siendo que en el caso de autos éste no sólo carece de antecedentes penales (...) y cuenta sólo con estudios hasta segundo año de secundaria; sino que, a la fecha en que acontecieron los hechos, (...) contaba con dieciocho años, por lo que, se deberá proceder de conformidad con (...) el artículo veintidós del código penal; así también, se deberá atender al principio de proporcionalidad como relación de correspondencia entre el injusto cometido por el agente y la pena que le corresponde, conforme (...) [al] artículo octavo del título preliminar del código sustantivo, (...) en el caso sub-exámine si bien se acreditó que (...) mantuvo relaciones sexuales con la menor, (...) éste era enamorado de la menor y que tales relaciones fueron realizadas por voluntad de ambos; en consecuencia, resulta arreglado a ley modificar la pena (...); reformándola le impusieron tres años de pena privativa de la libertad suspendida por el término de dos años (...).”

En la Consulta N° 71-98 proveniente de Cañete¹⁰³ se sostuvo que cuando el procesado era enamorado de la menor con quien posteriormente contrajo matrimonio, recurriendo al ámbito del recurso de nulidad¹⁰⁴, la confesión sincera¹⁰⁵, al principio de proporcionalidad¹⁰⁶, criterios para determinar¹⁰⁷ e individualizar la pena¹⁰⁸, se podía imponer a dicha conducta un periodo de prueba de 3 años para evitar así una condena de 4 años de privación de la libertad. En otra oportunidad, en el Exp. N°. 478-2000, proveniente de Santa-Chimbote¹⁰⁹, cuando una menor alumbró un niño en un hospital regional, la Fiscalía Provincial Adjunta, que desempeñaba funciones en dicho nosocomio, denunció al padre a la pareja sentimental, que para entonces era padre del recién nacido; declarando ante la Policía, Fiscal, Juez y Magistrados respectivos, que reconocía haber mantenido relaciones sexuales consentidas, lo que la menor corroboró en su

¹⁰³ FRISANCHO APARICIO, *Jurisprudencia penal, Ejecutorias Supremas y Superiores 1998-2001*, Juristas, Lima, 2002, pp. 333-337.

¹⁰⁴ Art. 300°.1. Cpp.- Si el recurso de nulidad es interpuesto por uno o varios sentenciados, la Corte Suprema sólo puede confirmar o reducir la pena impuesta (...)

¹⁰⁵ Art. 136° Cpp.- La confesión (...) corroborada con prueba, releva al Juez de practicar las diligencias que no sean indispensables, pudiendo dar por concluida la investigación siempre que con ello no se perjudique a otros inculcados o que no pretenda la impunidad para otro, respecto del cual existen sospechas de culpabilidad.

¹⁰⁶ Art. VIII Cp.- La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho (...). (Art. 1° de la Ley N° 28730 del 13 de mayo de 2006)

¹⁰⁷ Art. 45° Cp.-El Juez (...) deberá tener en cuenta: 1. Las carencias sociales (...). 2. Su cultura (...); y 3. Los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependen.

¹⁰⁸ El art. 46° Cp. con acierto autoriza al órgano de juicio a considerar el nivel de gravedad del hecho, sopesando en ello, los medios usados (inc. 2), el daño (inc. 4), el modo de actuar (inc. 5), los móviles (inc. 6), el medio social (inc. 8) y las condiciones personales (inc. 11), para lo cual se ha de erigir como criterio determinante la impresión que se forme el mismo de la entrevista que tenga con la menor (art. 46 in fine).

¹⁰⁹ CHOCANO RODRÍGUEZ; VALLADOLID ZETA, *Jurisprudencia Penal, Ejecutorias de la Corte Suprema de Justicia (1997-2001)*, Juristas, Lima, 2002, p. 186.

oportunidad, por lo que recurriendo nuevamente a los efectos del recurso de nulidad, los criterios para determinar e individualizar la pena, se impuso al joven padre, un periodo de prueba de 3 años, logrando así soslayar una sanción efectiva de 4 años de privación de la libertad.

En otra ocasión, ya no ante la Corte Suprema sino ante una Corte Superior y en específico en el Exp. N° 1131-98, Lambayeque¹¹⁰, Sala Penal “C”, tras verificar que la menor había declarado desde un inicio su consentimiento y que el procesado admitía los hechos, igualmente se aprecia el recurso al artículo 300° Cpp, a la individualización de la pena, y adicionalmente a los criterios de suspensión de la misma¹¹¹, imponiendo un periodo de prueba de 3 años en lugar de 4 años de privación efectiva de la libertad.

Se puede apreciar en las resoluciones judiciales referidas que los jueces, en el rol de operadores jurídicos han encaminado la interpretación de la legislación penal sexual, en los casos de relaciones sentimentales a imponer periodos de prueba y no penal efectivas. Para ello han hecho uso, principalmente, de los siguientes argumentos:

1) El artículo 45° del Código penal

¹¹⁰ FRISANCHO APARICIO, *Jurisprudencia penal. Ejecutorias Supremas y Superiores 1998-2001*, Juristas, Lima, 2002, p. 366-367.

¹¹¹ Art. 57° Cp.- (...) [se] podrá suspender la ejecución de la pena siempre que (...): 1.(...) la condena se refiera a pena (...) no mayor de cuatro años; y, 2. Que la naturaleza, modalidad del hecho (...) y la personalidad del agente hiciera prever que (...) le impedirá cometer nuevo delito./// El plazo de suspensión es de uno a tres años.

Este artículo, utilizado para los casos de relaciones afectivas consentidas (enamorados y convivientes), permite al juez orientarse al momento de fundamentar y determinar la pena que de una solución acorde a dichos actos.

Código penal de 1991

Art. 45. *El juez, al momento de fundamentar y determinar la pena, deberá tener en cuenta:*

- 2. Su cultura y sus costumbres; y*
- 3. Los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependen.*

Se ha de tomar en cuenta la cultura y costumbres del procesado (enamorado o conviviente) (inciso 2º), respecto a lo cual no se encuentran problemas para incluir los núcleos culturales generados en los asentamientos humanos, zonas pobres del país o las alejadas de la capital, logrando insertar las investigaciones transdisciplinarias realizadas al respecto. Adicionalmente a ello, el análisis debe ser integral sin limitar el análisis a la cultura y costumbres del procesado, la norma con atino no prohíbe ese análisis respecto de la agraviada. El artículo también faculta al juez a considerar los intereses de la menor y de la eventual descendencia entre ambos (inciso 3), es decir los intereses de la mujer, enamorada o conviviente, de los hijos o de la familia ya conformada, en mantenerse unida a su propia voluntad ¿cómo podrá el padre mantener a su hijo si se encuentra recluso en cárcel?, ¿cómo podrá la madre afrontar los gastos económicos del hogar sin la ayuda de su pareja?, ¿qué repercusiones psicológicas generara en el niño tener que visitar a su padre en la cárcel o de crecer sin la presencia de su progenitor?. Estas son interrogantes que deberá de absolver el juzgador previo a emitir el fallo correspondiente.

2) El artículo 46º del Código penal

Este artículo, conforme se aprecia en su redacción se destina en el caso que nos interesa, a orientar al juez al momento de fundamentar y determinar la pena de los actos sexuales entre enamorados y convivientes.

Código penal de 1991

Art. 46º. *Para determinar la pena (...), el juez atenderá la responsabilidad y gravedad del hecho (...) considerando especialmente: (...)*

2. Los medios empleados [mutuo acuerdo]

3. La extensión del daño (...) causado [ausencia de daño psicológico]

5. Las circunstancias de (...) modo.

6. Los móviles [afectivos]

8 (...) medio social.

El juez debe tomar conocimiento directo (...) en cuanto sea (...) útil de la víctima.

El órgano de juicio, también debe valorar respecto los encuentros sexuales que el medio empleado (inciso 2), en este caso se trata del mutuo acuerdo de ambos intervinientes otorgado en medio de una relación afectiva. La inmediatez, o conocimiento directo, en términos del Código penal, es indispensable para valorar la “*extensión del daño*” (inciso 3), sin olvidar los resultados negativos de los exámenes psicológicos que despejen indicios de daños originado por relacionarse sexualmente. A este respecto, resulta imprescindible no confundir dichos resultados, resultando gráfica una jurisprudencia española, donde la menor disminuyó su rendimiento escolar, siendo sometida a tratamiento psicológico. Con buen criterio el órgano de juicio supo diferenciar que este daño psicológico, no era la concreción del riesgo creado con la relación sexual, si no consecuencia de haber separado

a la mujer de su pareja sentimental. Resolución que trascribimos a continuación:

Tribunal Supremo de Justicia española

Recurso Nº 1584/2003, Res. Nº 422/2005 del 04/abr/05

[El] tratamiento psicológico y psiquiátrico (...) // (...) debe estar relacionado (...) [con la] libertad e indemnidad sexual (...) tiene razón el recurrente cuando sostiene que (...) los efectos descritos sobre su personalidad pueden enmarcarse en el hecho mismo de la ruptura sentimental [con el procesado]]”.

Las “*circunstancias del modo*” no violento de la comisión del acto (inciso 5) y los móviles sentimentales (inciso 6), a o que se suma el factor del medio social en que ocurren los hechos (inciso 8), no puede pasar desapercibida por la praxis jurisprudencial, y en efecto, es posible encontrar jurisprudencia que recurriendo al artículo 46º, cuya función es la de individualizar la pena, ha permitido imponer sanciones por debajo del límite establecido para el acto.

Ejecutoria de la Corte Suprema

R.N. Nº 429-1995, Cusco del 28.02.1995

“ha demostrado un comportamiento sincero (...) [y es un] joven susceptible de readaptarse socialmente, elementos que permiten rebajar la pena por debajo del límite legal”¹¹².

Ejecutoria de la Corte Suprema

R. N. Nº 2584-2002, Amazonas, del 02.04.2003

¹¹² ROJJASI PELLA, *Ejecutorias supremas penales 1993-1996*, Legrima, Lima, 1997, p. 119.

“ [Los] hechos se perpetraron (...) [en una] región en la que (...) las menores se inician precozmente (...) la pena impuesta (...) [4 años suspendida por 2 años de prueba] se halla arreglada a ley¹¹³.

Por su parte la inmediación de la que nos hemos referido en el Art. 46 del Cp., cobra importancia por permitir hallar las diferencias entre los actos sexuales abarcados por la norma y otras circunstancias que hacen ver el acto como excluido del ámbito de la misma, circunstancias, como las recogidas por las sentencias reseñadas a continuación:

Sala Penal de Apelaciones. Corte Superior de Lima

Exp. N°: 80-1998

Tercero: (...) las relaciones (...) fueron por mutuo acuerdo (...) se descarta todo (...) aprovechamiento (...) cuando la misma afrentada señala que (...) se encuentran realizando vida convivencial”.

Sala Penal Transitoria

R.N. N° 4715-2000, Amazonas del 07.03.2001

“[La] situación de convivencia (...) se halla plenamente acreditada con (...) la manifestación (...) de la agraviada (...).”

Primera Sala Penal Transitoria

R. N.N° 478-2000, Santa –Chimbote del 07.04.2002

“ha admitido que tuvo relaciones (...) [con la] menor (...) con el pleno consentimiento de ésta (...) corroborado (...) por la precitada en su declaración preventiva.

Segunda Sala Penal Transitoria

R.N.N° 1628-2004 del 21.01.2005

¹¹³ GACETA JURÍDICA. *Diálogo con la jurisprudencia*. año 11, N° 93, junio 2006, p. 199-200.

“(...) b) la menor (...) sostiene (...) que (...) no intentó violarla sino que mantuvieron relaciones (...) por voluntad propia.

Primera Sala Penal especializada para reos libres. Cono Norte de Lima

Exp.Nº 2617-2006 del 24.05.2007

“la menor (...) piensa postular a la Policía (...) [en] su relación sentimental con el acusado, (...) piensa seguir adelante, (...) no ha sufrido menoscabo en su salud física ni mental.

16 Juzgado penal de Lima

Exp. Nº 247-2006 del 24.10.2006

“la menor (...) [no] se haya visto vulnerada en su (...) indemnidad sexual, toda vez que (...) habría mantenido relaciones (...) con su consentimiento y voluntad.

Colombia

Juzgado Primero Penal del Circuito, Apartadó, (Antioquia) del 15.08.2002

“La menor sostiene que tenía pleno conocimiento de las consecuencias de su acción (...) Aduce el Fiscal que (...) aunque joven (...) posee “más conocimientos (...) [que] personas que tienen mayoría de edad”.

España

Tribunal Supremo. Sala en lo penal

Recurso Nº. 2277/2003, Res. Nº. 4426/2004 del 24.06.2004

(...) [se] ha calibrado el nivel de desarrollo sexual (...) [y] sus parámetros de madurez (...) [y] era “madura para su edad” (...).En definitiva (...)en condiciones de autodeterminarse sexualmente.

Tribunal Supremo. Sala de lo penal

Recurso Nº 421/2005, Res. Nº 411/2006 del 18/abr/2006

“ [los] informes periciales (...) [señalan que] “(...) la menor (...) presentaba una madurez mental superior a (...) [la] cronológica”.

IV) Valoración Axiológica que subyace a la regulación penal

Se argumenta que la ley penal no puede permitir los encuentros sexuales con menores de edad y por ello recurre a la figura de la “*indemnidad sexual*”, que literalmente significa tanto como libre de daño o de posibilidad de amenaza, por lo que algunos autores lo denominan “*intocabilidad*”¹¹⁴. Así en Argentina se sostuvo que con esta conducta se dañaba al menor y se lo condenaba a llevar una vida infeliz¹¹⁵, afectando su personalidad y generándole un desequilibrio biopsíquico y “*la sospecha de que cuando adulto repetirá la victimización con otros niños*”¹¹⁶. Dichos pronósticos, cuando se trata de actos sexuales consentidos (enamorados y convivientes), han sido objeto de crítica por MUÑOZ CONDE, quien sostiene que dichas objeciones no se han comprobado científicamente, postulando que algunos psicólogos sostengan que los actos sexuales voluntarios, en los que consideramos incluidos a los actos sentimentales entre enamorados y convivientes, “*favorecen el desarrollo psíquico y una*

¹¹⁴ Emplea este termino Díez RIPOLLÉS, “El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual” en *Derecho penal y discriminación de la mujer. Anuario de Derecho penal 1999-2000*, Universidad Católica del Perú y Universidad de Friburgo, Lima, 2001, p. 62.

¹¹⁵ SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal, Parte especial*, 7ª ed., Dykinson, Madrid, 2002, p. 204. También decía en Argentina Tejedor, en su famoso proyecto, decía que “(...) [estas agresiones] pueden causar a la víctima el más grave daño y comprometer la felicidad de toda la existencia” en MORENO, “*El Código Penal y sus antecedentes*” citado por CORIGLIANO en “Delitos contra la integridad sexual”, en *Revista Derechopenalonline*.

¹¹⁶ GREGORIO BUSTAMANTE, *Abuso sexual infantil denuncias falsas y erróneas*, Omar Favale, Buenos Aires, 2004, p. 15.

*mejor afectividad en las relaciones interpersonales futuras*¹¹⁷, pensamiento que fue recogido en una oportunidad por la jurisprudencia de la Suprema Corte en el exp. N° 2456-99¹¹⁸- Junín del 05/oct/1999. Afirmación que se relaciona con lo manifestado por TSCHADEK quien manifiesta que “*nuestros hijos se hallan físicamente más desarrollados que las generaciones (...) de hace 10 o 20 años. Y eso en cuanto respecta (...) también al grado de madurez sexual*”¹¹⁹.

Si bien en el Perú, no se tiene conocimiento de investigaciones psicológicas en esta materia concreta, si se tiene un conocimiento general de que las mujeres de los diversos grupos culturales de la sierra y de la selva han procreado y cuidado de sus familias, sin que las relaciones sexuales a temprana edad hayan aumentado el número de abortos¹²⁰ o los desordenes mentales o fisiológicos. En todo caso una edad límite fija siempre podría ser atacada de arbitraria. Así apreciamos otros tantos límites en distintos países latinoamericanos. (Una lista más completa en los anexos de este trabajo).

¹¹⁷ MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial, op. cit.*, p. 177.

¹¹⁸ CHOCANO RODRÍGUEZ; VALLADOLID ZETA, *Jurisprudencia Penal, Ejecutorias de la Corte Suprema de Justicia (1997-2001)*, Juristas, Lima, 2002, p. 75.

¹¹⁹ TSCHADEK, *La prueba*, Temis, Santa Fe de Bogotá, 1999, p. 13.

¹²⁰ SALAVERRY, “Embarazo en adolescentes de Lima en Asociación de psicología aplicada a la sociedad”, ASPAS, Lima, 1993.

1	Chile	12 años de edad (Art. 361º C.p.)
2	Venezuela	12 años de edad (Art. 375º C.p.)
3	Argentina	13 años de edad. Art. 119º C.p.
4	Bolivia	13 años de edad (Art. 308º C.p.)
5	Brasil	14 años de edad (Art. 218º C.p.)
6	Colombia	14 años de edad (Art. 208º C.p.)
7	Ecuador	14 años de edad (Art. 512º C.p.)
8	Panamá	14 años de edad (Art. 216º C.p.)
9	Paraguay	14 años de edad (Art. 135º C.p.)
10	Uruguay	15 años de edad (Art. 272º C.p.)
11	Perú	18 años de edad (Art. 173º C.p.)

Cuadro 20

V) Consecuencias no deseadas

Como consecuencia del recurso a investigaciones trasdisciplinarias, estadísticas oficiales y la jurisprudencia analizada, se advierte que la decisión estatal, legítima en principio, de elevar la edad del consentimiento a los 18 años de edad carece de respaldo fáctico¹²¹, de lo que se deriva que al carecer de fundamentos en base a investigaciones empíricas que la respaldaran, generando consecuencias negativas cuya consecuencia trasladada al ámbito judicial no ha sido sino en la falta de homogeneidad y predictibilidad de las resoluciones jurídicas, generando mayores inconvenientes que beneficios prácticos. Así a continuación intentaremos resumir dichas consecuencias:

¹²¹ En este sentido resulta contrario a los resultados de las encuestas ENAHOI de 1998 (14 años) y Objetivo1 VIH del 2007 (13 años).

- 1) Busca instaurar una forma de vida.
- 2) Crea inseguridad jurídica creada por la falta de unidad de criterio, lo cual podría generar que el enamorado, conviviente estuviera en prisión un plazo mínimo de 25 años.
- 3) Contradice los intereses de la mujer, eventualmente madre de familia, respecto del destino de su enamorado, conviviente o padre de sus hijos.
- 4) Desconoce los intereses del hijo procreado o por nacer de recibir o mantener el cuidado y manutención de su progenitor.
- 5) Desconoce, en el caso de convivientes, el interés social en que la unidad familiar voluntariamente conformada no se desintegre.
- 6) Condena al menor a no desarrollarse en el entorno de una familia desagregada, con todas las consecuencias que ello pueda generarle¹²².

Nuevamente, recurriendo a la justicia comparada, podemos advertir que en Honduras es determinante para el análisis penal la relación sentimental que vincule a ambos intervinientes, recurriendo para ello a una interpretación finalista¹²³, conservando a la familia como núcleo social.

¹²² Art. 45º Cp.- El juez, al momento de fundamentar y determinar la pena, deberá tener en cuenta: inciso 3. Los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependen.

¹²³ Con similar sentido en España se ha sostenido que “en las hipótesis en que el agente mantiene relaciones (...) con un menor de trece años con (...) amplia experiencia previa, (...) [se] ha considerado ese factor (...) para excluir la responsabilidad (...). No todo hecho subsumible (...) es automáticamente relevante (...). Se requiere que (...) sea peligroso (...) y comprendido dentro del ámbito de prohibición de la norma”,

“para la absolución (...) [Sentencia TSC1/162002-PB] (...) [de] un joven de 23 años (...) [que] hizo vida “*marital*” con una adolescente de 13 años con la cual seguía conviviendo (...) [el Tribunal expresa]: “que (...) es un caso especial de violación (...) [sólo] punible cuando se comete dolosamente (...) /// no se configuró el elemento subjetivo (el dolo) porque (...) no buscó saciar un apetito sexual de momento, sino formar un hogar con la menor (...) no existe el delito de violación porque no existió el dolo, el imputado y la víctima manifestaron ante el tribunal que (...) su intención (...) era conformar un hogar”¹²⁴.

5.1. Disfunciones respecto al sector medico

Los efectos contra productores de la Ley 28704 (15.04.2006), no se limitan al sector penal, como ocurre con el área medica que no especializada por definición en la aplicación de la legislación, donde la prensa informó de una madre cuya hija de 17 años de edad tras dar a luz en el Instituto Nacional Materno Perinatal (INMP) (Ex Maternidad de Lima), seria recluida en un centro de prevención y readaptación bajo la consideración de que formalmente había infringido el art. 173 del Código Penal que regula la violación sexual de menores, situación que reproducía en la mayoría de hospitales y clínicas respecto a las madres adolescentes a pesar de estar de alta medica¹²⁵.

GÓMEZ TOMILLO, “Derecho penal sexual y reforma legal. Un análisis desde una perspectiva político criminal”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y criminología* 07-04 (2005), p. 10.

¹²⁴ Evaluación de la reforma procesal penal desde una Perspectiva de género. Honduras, Centro de Estudios de Justicia de las Américas. CEJA. Informe Preliminar, Tegucigalpa, 2004, pag. 56-57.:http://cejamericas.org/doc/proyectos/informe_honduras.pdf

¹²⁵ NAGLE; CHÁVEZ, De la protección a la amenaza: Consecuencias de una ley que ignora los derechos sexuales y derechos reproductivos de las y los adolescentes. El

El cuestionado¹²⁶ art. 30 de la Ley General de Salud (26842)¹²⁷ y su interpretación del art 173 del Código Penal acarrió que las adolescentes embarazadas prescindieran de la atención médica a pesar de los riesgos médicos que conlleva su estado, violándose de esta forma, el Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales del 1966, cuyo art. 10.2 obliga a conceder una protección especial a las madres durante antes y después del parto y el art. 12.2.a), destinado a la reducción de la mortinatalidad y la mortalidad infantil.

Ante ello, el Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derecho de la Mujer (CLADEM-Perú), en la Mesa de Vigilancia por los Derechos Sexuales y Reproductivos en el Perú, presentó una queja a la Defensoría del Pueblo, tras la cual se conoció la existencia de la disposición 6.7 de la directiva 039-DG-INMP-06, "Información de pacientes menores de edad a la autoridad competente"¹²⁸ (Maternidad de Lima), que instruía que "no existiría impedimento" para que luego de comunicar la atención de la adolescente a la autoridad competente se pudiera "retenerlas".

Aquella situación generada por la ley 28704 (15.04.206)¹²⁹, trato de ser comunicada, para su modificación y la adopción de medidas administrativas

caso de la modificatoria del Código Penal, Ley N° 28704.Promsex, Lima, 2007, pp. 19 y 21.

¹²⁶ Contra su constitucionalidad ver GARCÍA, "Médicos en conflicto entre la cura y la denuncia: Artículo 30, Análisis de constitucionalidad de la Ley General de Salud sobre la obligación de médicos y médicas de denunciar." Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos, Lima, 2006.

¹²⁷ Art. 30.- El médico que brinda atención (...) [a] herido de arma blanca, (...) bala, accidente de tránsito [u] (...) otro tipo de violencia que constituya delito perseguible de oficio o (...) existan indicios de aborto criminal, está obligado a poner[lo] (...) en conocimiento de la autoridad competente.

¹²⁸ http://www.iemp.gob.pe/transparencia/leyes/RD_N234-DG-INMP-06_Directiva_N039.pdf

¹²⁹ CHÁVEZ, Susana. "Los efectos de la Ley sobre violencia sexual en los y las adolescentes". En: <http://www.promsex.org/contents.php?id=77.c>

institucionales, al Instituto Nacional Materno Perinatal (INMP), la Dirección General de Atención de las Personas del Ministerio de Salud, el Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social, al Programa Integral Nacional para el Bienestar Familiar (INABIF) y al Colegio Médico, entre otras instituciones pues la obligación legal de comunicación a la autoridad nunca legitimó la retención de adolescentes como interpretó la referida directiva, ni siquiera mientras se verificaba que la autoridad efectivamente hubiera tomado conocimiento de los hechos, esta confusión entre autor y víctima, llevó al extremo la idea de re-victimización, si cabe el término, por lo que incluso se sostenía la procedencia de acción de Habeas Corpus para dichos casos¹³⁰.

El 29.12.07, el Ministerio de Salud emitiría el Informe 1181-2006-OGAJ/MINSA, dirigido al Instituto Nacional Materno perinatal (INMP) informándole que “no habría (...) razón alguna para (...) [retener a la adolescente] cuando (...) se encuentre (...) de alta médica”, por lo que se dieron ajustes administrativos para facilitar el alta médica de las madres adolescentes, extraoficialmente se conocía que se mantenían las retenciones de adolescentes en el interior del país¹³¹.

Posteriormente el Ministerio de Salud convocó a una reunión a organizaciones de la Mesa de Vigilancia¹³², la Oficina Jurídica del Instituto Nacional Materno Perinatal, representantes del Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social y agencias de cooperación internacional, para discutir las implicancias de la Ley 28704, decidiendo apoyar la modificación legal que

¹³⁰ Postula esta medida VILLANUEVA FLORES, “Sexo en las adolescentes”, diario la República, edición del 19.11.2006, disponible en http://www.larepublica.com.pe/component/option,com_contentant/task,view/id,131712/Itemid,0/

¹³¹ NAGLE; CHÁVEZ, De la protección a la amenaza: Consecuencias de una ley que ignora los derechos sexuales y derechos reproductivos de las y los adolescentes. El caso de la modificatoria del Código Penal, Ley N° 28704. Promsex, Lima, 2007, p. 21.

¹³² Instituto de Educación y Salud, el Observatorio por el Derecho a la Salud del CIES, el Movimiento Manuela Ramos y PROMSEX.

restituyera el límite de los 14 años de edad¹³³, modificación que fuera aprobada por el Congreso, pero observada por el Presidente de la República, que sin embargo tuvo la ventaja de eliminar la retención de adolescentes como práctica sistemática¹³⁴.

VI. Posibilidad de una eventual exención de responsabilidad del autor. El principio de auto responsabilidad

Los casos en los cuales los órganos de juicio, como ha sido el caso de la Corte Suprema, han impuesto periodos de prueba de 1, 2 o 3 años como alternativa a las penas efectivas, nos permite sostener la tesis de la total exención de responsabilidad de los encuentros sexuales sentimentales entre enamorados y convivientes, en relación al artículo 173 del Código penal. Para fundamentar dicha afirmación hemos de recurrir a la “*victimología*”¹³⁵ y en ella a la categoría del “*principio de autoresponsabilidad*” (Selbstverantwortungsprinzip), que a su vez se manifiesta en dos funciones diferenciables. La primera, inspirar futuras reformas legislativas y, en lo que nos interesa, autorizar al juez, mediante su labor interpretativa, restringir teleológicamente el alcance de los tipos penales, tales como el artículo 173º. Del Código penal. Esta teoría permite afirmar que la conducta del autor no será penalmente relevante cuando la víctima colabore dolosamente para la lesión del bien jurídico del que es

¹³³ Proyecto que contó con el apoyo del Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social, Ministerio de Justicia y la Defensoría del Pueblo, entre otros.

¹³⁴ NAGLE; CHÁVEZ, De la protección a la amenaza: Consecuencias de una ley que ignora los derechos sexuales y derechos reproductivos de las y los adolescentes. El caso de la modificatoria del Código Penal, Ley N° 28704.Promsex, Lima, 2007, p. 22.

¹³⁵ Se muestran partidarios de la posibilidad de exenciones de responsabilidad mediante la victimología, SCHUTZ, NEUMAN, SCHUH, SCHÜNEMANN, ARTZ. Citados por SILVA SÁNCHEZ, *Perspectivas sobre la política criminal moderna*, Ábaco, Argentina, 1998, p. 158, cit. 39.

titular. Como se aprecia esta propuesta se basa en una concepción político-criminal liberal que intenta reducir la intervención del derecho penal, concretando así la afirmación de que el derecho penal es la *ultima ratio* reservada para supuestos especialmente graves e intolerables, lo que no se puede profesar de ámbitos mutuamente consentidos y que pueden bien ser solucionados con otros mecanismos de control social menos drásticos, como la educación sexual juvenil, la atención médica, la lucha contra la pobreza, acceso a la educación superior y al trabajo, factores que se vinculan a dicho problema social.

La doctrina de la imputación objetiva ha evidenciado que es posible excluir la tipicidad en casos donde se produce el resultado descrito en la norma, pero que no es imputable al agente cuando ese resultado va más allá del fin de protección de la norma (autopuesta en peligro responsable de la víctima).

La autopuesta en peligro responsable de la víctima excluye la imputación, desaparece la tipicidad (mientras que el consentimiento es una causa de justificación). Si causarse la muerte es impune, ha de serlo también participar en la autopuesta en peligro.

En esta temática del consentimiento se dice que la víctima expresa su voluntad de manera “dolosa” de renunciar a la protección jurídica-penal aceptando la afectación a su bien jurídico. Para decidir cuando la autopuesta en peligro determina algún tipo de responsabilidad se debe tener en cuenta los ámbitos de competencia que el titular tiene con relación a la evitación de los resultados típicos. Esto es, quien se expone a un peligro del cual puede resultar para sí consecuencias negativas asume la responsabilidad, por eso el derecho penal no es competente para evitar ese daño, no tiene obligación

de impedirlo. Por eso para establecer la tipicidad o atipicidad de la conducta debe fundamentarse tanto desde la perspectiva de la actuación de la víctima como desde el autor, hay que partir de que se trata de imputar también al sujeto lesionado en cuanto sujeto que participa en la interacción generadora del daño de sus bienes.

Bajo el concepto de acciones a propio riesgo han de agruparse todos aquellos casos en los que un tercero (autor) favorece, crea o facilita una situación en la cual el titular del bien jurídico (víctima) realiza una acción peligrosa para sus propios bienes. El riesgo de realización del resultado sólo se concreta por una conducta de intermediación de la propia víctima. El punto a examinar está en determinar si el comportamiento de quien se arriesga a sí mismo, convierte la conducta del tercero en una conducta atípica, pues el resultado de lesión o puesta en peligro ha de imputársele a la propia víctima, por violación al principio de autoprotección. Para poder fundamentar esta atipicidad de la conducta del tercero, ha de acudirse a la teoría de la imputación objetiva entendida bajo los parámetros de una concepción funcional estructural de la sociedad.

En estos casos estamos ante un contacto social que produce un defraudación social que se explica mediante un comportamiento incorrecto de la víctima.

Los menores de 14 a menos de 18 también tienen un rol el de comportarse bajo el estándar de conducta esperado para los menores de edad. Si fue la víctima menor quien quebrantó su rol, debe asumir el daño, por haber defraudado las expectativas de su candidez e inocencia; por romper el deber de auto protegerse.

Existen numerosos casos en los cuales la conducta de la víctima desplaza la responsabilidad del autor, luego es a ella y sólo a ella a quien ha de imputársele objetivamente el menoscabo sufrido a sus propios bienes. En estos casos, la valoración de las conductas de autor y víctima puede no resultar unívoca, es decir, están en duda las calidades de víctima y autor. Se debe entonces dejar muy en claro si estamos frente a una víctima o frente a un autor. Se trata pues de establecer si la conducta de la víctima determina o no la tipicidad de la conducta del autor, que ha intervenido junto a ella.

No todo son derechos para el ciudadano, la sociedad también exige obligaciones. En este sentido la mujer por ejemplo de 17 y menos de 18 años, años de edad, posee un deber mínimo que no llega siquiera a exigirle dar su negativa al enamorado o conviviente, lo cual es imposible si se trata de abusos de estados de inconciencia, menos en defenderse heroicamente, por el contrario la sociedad le exige adoptar las más elemental y mínima de todas las medidas de autoprotección, manteniendo su rol de adolescente ajena al trato carnal, consistente en no tomar un rol favorecedor o activo de la relación sexual, se le exige como mínimo un deber de abstención, no acordar libre y mutuamente con su pareja en los pormenores del cuando y donde del acto sexual, en no otorgar positivamente su consentimiento y colaboración a su pareja (enamorado o conviviente). Cuando la mujer ha infringido este deber mínimo de autoprotegerse (no hacer) negando su consentimiento y colaboración, evitando con un simple mutismo la realización del acto sexual, implica aquello que ella también poseía el dominio del hecho y que por lo tanto en estas circunstancias el hecho ya no merece protección penal, o mejor dicho hay una falta de necesidad de protección punitiva al trasvasar los límites impuestos por el principio de *ultima ratio*. En definitiva y en palabras de SILVA SÁNCHEZ, si la víctima, pudiendo y debiendo autoprotegerse, no lo hace, el autor debe quedar

exento de toda pena por el hecho¹³⁶.

Estas formas de declarar la atipicidad¹³⁷, basándose en argumentos victimológicos ciertamente no son ajenas a críticas, aún desde puntos de vista de sus efectos político criminales, atribuyéndole la capacidad de generar un retorno de la justicia privada (venganza) por el ofendido y su entorno¹³⁸, además de considerar como político criminalmente indeseable que la víctima así desprotegida está siendo “revictimizada”. Por último, y en un nivel más abstracto, se argumenta que en realidad la idea de subsidiaridad y de *última ratio*, se referirían exclusivamente a la relación Derecho penal- Estado y no, por el contrario, a las relaciones entre Derecho penal y las medidas de defensa de la víctima. A estas críticas, siguiendo a SILVA SÁNCHEZ, deben oponerse el que difícilmente se ponga en duda la idea principal de la Victimodogmática. Como ha sostenido SCHÜNEMAN “¿acaso puede sancionarse al autor cuando su conducta solo ha lesionado al bien jurídico a consecuencia de determinados actos de la víctima?”. La respuesta no puede ser sino negativa, “no debe ser sancionado”¹³⁹. Para

¹³⁶ SILVA SÁNCHEZ, *Perspectivas sobre la política criminal moderna*, Ábaco, Buenos Aires, 1998, p. 159.

¹³⁷ SILVA SÁNCHEZ, *op.cit.*, p. 160.

¹³⁸ Si bien no se han encontrado registros de justicia de propia mano en materia de actos sexuales consentidos, el Perú no es ajeno a este fenómeno. El 26 de mayo de 2005, en Chichillapi, Puno, 40 campesinos quemaron vivo a dos comuneros, por incendiar la choza de un anciano por problemas de tierras. En Collao-Ilave, se lincho al alcalde Cirilo Robles. Fuente: diario *La República*, del 04 de junio de 2005: <http://anteriores.larepublica.com.pe/>, en Asia y Cullpa Ata, Huancayo, se lincho a cuatro ladrones de ganado, MINISTERIO PÚBLICO, Nota de Prensa N° 11-2005: <http://www.mpfm.gob.pe/prensa-imprime.php?id=572> y finalmente en el distrito de Santo Domingo de Acobamba, Huancayo, tras pasear desnudas y golpear a dos personas se los incinero por robar dinero a una mujer que iba a comprar ganado.: <http://www.seguridadidl.org.pe/noticias/delitos/2005/03marzo/21-03.htm>.

¹³⁹ SILVA SÁNCHEZ, *Perspectivas sobre la política criminal moderna*, Ábaco, Buenos Aires, 1998, p. 161.

SILVA SÁNCHEZ aquello es inobjetable en cuanto a sus repercusiones político-criminales y dentro del ámbito gramatical una correcta interpretación restrictiva puede fundamentarse en los criterios de “*proporcionalidad*” y “*fragmentariedad*” de los bienes jurídicos. Por otra, que político-criminalmente no se proteja penalmente a la mujer que participo con su consentimiento y colaboración, no implica que otras ramas del ordenamiento jurídico la protejan en este caso, por el contrario debe recibir la protección del sistema médico al cual, en algunos casos se negaba a asistir para no delatar a su pareja. La regla es que la regulación y la resolución de la mayoría de conflictos sociales deben llevarse acabo fuera del Derecho penal. El Derecho penal debe reservarse para los casos más graves e intolerables y el caso las relaciones mutuamente consentidas entre enamorados y convivientes no poseen estas cualidades. Por lo tanto debe valorarse si los actos que analizo la Corte Suprema, eran en realidad merecedores de penas, un suspendidas por cortos periodos de prueba, restringiendo los derechos individuales del procesado, a cambio de brindar una protección penal a la mujer que incluso reniega de aquella. La interpretación de los límites de los tipos penales, es decir, la determinación de que conductas encajan en su tenor literal y cuáles no, debe abordarse desde consideraciones teleológicas, así “*no habrá tipicidad (...) pese a que (la conducta) (...) quepa dentro del sentido literal posible del tenor legal*” (SILVA SÁNCHEZ, p. 163) cuando aquello sea opuesto a los fines del derecho penal (proporcionalidad y fragmentariedad), superando la arbitrariedad e irracionalidad de la interpretación gramatical, a la que tildo de limitada el Tribunal Constitucional, (STC 2209-2002-AA/TC¹⁴⁰ y STC 0030-2005-PI/TC¹⁴¹ y STC 0273-93-AI/TC¹⁴²), y si se pretendiese criticar este

¹⁴⁰ FJ.5. (...) “el operador no puede sustentar[se] (...)únicamente en una interpretación literal”.

¹⁴¹ FJ. 26. [existe y] subyace una equívoca comprensión (...) [cuando] pretenden determinar el contenido constitucionalmente protegido (...) a partir de un análisis positivista y aislado (...) la Constitución (...) no puede ser concebida como una suma desarticulada y atomizada de disposiciones.

postulado con dichos argumentos entonces debió de haber ocurrido otro tanto, criticándose las ideas de la imputación objetiva, tales como el riesgo permitido, la adecuación social o el criterio de insignificancia, ya que aquellos igualmente se hallan en la esfera de la interpretación y no en la ley escrita, argumento que no ha tenido eco por parcela alguna de la doctrina. Al final lo que se exige, no es que la mujer se defienda de su pareja sentimental¹⁴³. Lo que se le exige es que no realice actos dolosos en su propia contra y que favorezcan conscientemente la relación sexual. Si colabora con su pareja al brindar el consentimiento que este le solicita, sea en calidad de enamorada o conviviente, difícilmente podrá sostenerse que el hecho ha sido “cosa tan sólo de su pareja” ahora denunciado¹⁴⁴, el hecho se muestra como cosa de ambos, y es esta corresponsabilidad, que por lo demás encaja en la estructura de la complicidad o coautoría que ambos sujetos, enamorados o convivientes, deberían de ser sancionados, lo cual no se condice con la finalidad de la norma por lo que resulta más acorde que la pareja no deba ser sancionada.

¹⁴² FJ. 4. (...) “la (...) interpretación de las normas constitucionales no debe realizarse aisladamente”.

¹⁴³ “es pertinente la jurisprudencia (...) Norteamérica que encontró culpable de violación a su esposa a un hombre que, después de muchos años de casados, la penetró sin su consentimiento, aunque no hubo fuerza, ya que ella para evitar el escándalo a sus hijos no opuso resistencia, pero si expresó claramente su oposición” SOLÓRZANO NIÑO, *Medicina legal, criminalística y toxicología para abogados*, Temis, Bogotá, 1990, p. 298. En una línea incluso se ha postulado asimilar la amenaza de un mal justo “el propietario que pudiendo legalmente desahuciar a una inquilina abandonada por su marido, con varios hijos y en la miseria más absoluta (...) es concebible (...), si la víctima queda sobrecogida ante el panorama (...) y sin capacidad de oponer resistencia, situación que es explotada por el arrendador para copular con ella”, BOIX REIG; ORTIZ BERENGUER, “Consideraciones sobre: Los delitos de violación de la libertad sexual, proxenetismo y ofensas al pudor público en el Código penal peruano” en *Revista peruana de Ciencias Penales*. T. 11, Idemsa, Lima, setiembre 2002p. 150.

¹⁴⁴ SILVA SÁNCHEZ, *Perspectivas sobre la política criminal moderna*, Ábaco, Buenos Aires, 1998, p. 164.

Procesar y sancionar a los enamorados y convivientes, aún con periodos de 1 o 3 años de prueba va contra de los principios de fragmentariedad y proporcionalidad que trasuntan los cimientos del derecho penal decantados tras siglos de evolución. El juez ha de valorar que de suprimir hipotéticamente este acuerdo entre la pareja, no habría existido la posibilidad de que acaeciera, de la forma en que ocurrió, de tal suerte que así visto no se revela como especialmente grave y sólo ocurrió por la interacción de la víctima y no en otros casos. No es necesario, por tanto, crear un nuevo concepto de injusto penal, basta un análisis ex ante, donde el aporte de la mujer haga ver que el comportamiento del hombre, de manera aislada, no era cuantitativamente relevante por falta de “cantidad de riesgo”, es decir, inocuo pues bastaba con negar el consentimiento para evitar el acto. Esto también, es cierto pudo haberse resuelto por la teoría de la imputación objetiva mediante el discurso sobre la “no creación de un riesgo relevante”, pero la imputación objetiva no resuelve casos de conductas “provocadoras de la víctima”, conductas que han sido reconocidas en alguna oportunidad por la justicia colombiana y española:

Juzgado Primero Penal del Circuito, Apartadó, (Antioquia)

15.08.2002

(...) fue la misma [menor] (...) quien buscó al [procesado] y le insinuó que tuvieran relaciones (...), logrando convencerlo (...).

Tribunal Supremo. Sala de lo Penal

Recurso N° 421/2005, Res. N° 411/2006 del 18/abr/06

(...) los informes médico-forenses concluyen que quien llevaba las riendas y la iniciativa de la relación sentimental era (...) la menor (...) el ejecutor de los actos de contenido sexual no puede ser Carlos Antonio sino la menor (...).

Limitar y restringir teleológicamente los tipos penales no ofrece dificultades insalvables pues basta con una justificación teleológica y un asidero textual. Si la mujer en principio no tenía derecho a comportarse como lo hizo al dar su voluntad y colaborar para el encuentro sexual, es corresponsable de dicho acto y siendo coherentes debería también ser encerrada en un reclusorio de menores, por constituir dicho aporte la calidad de complicidad primaria¹⁴⁵, conforme lo prevé el Código de los Niños y Adolescentes¹⁴⁶. Sin embargo nadie se atrevería a sostener aquello, pues se muestra ante nuestros ojos que esta no ha sido la finalidad de dicha norma, y que en realidad se destina al sancionar un abuso de superioridad, lo cual se deduce fácilmente de la inexistencia de responsabilidad por los actos sexuales realizados entre adolescentes de idéntica edad. ¿Quién debe ser sancionado?¹⁴⁷.

¹⁴⁵ LAMAS PUCCIO, se muestra más radical al incluir como coautores, en la persecución penal a los progenitores, a los padres que autorizan la convivencia o matrimonio, “respecto al consentimiento de los padres (...) asegura que (...) ambos podrían ser comprendidos como cómplices (...) pasibles de una sanción (...) podrían ser tomados como coautores y si pretenden un matrimonio, agravarían aún más su situación. El ser los progenitores no los salvaría de la acción de la justicia”, en el artículo “Le esperaba cárcel a padre de gemelas”, Fuente: Diario “Ojo” del 11 de enero del 2007.

¹⁴⁶ Cap. III. Adolescente Infractor de La ley Penal. Secc. I, art. 183º. Se considera adolescente infractor a aquel cuya responsabilidad ha sido determinada como autor o partícipe de un hecho punible.

¹⁴⁷ Sostiene que “los habidos con personas de edad (...) similar, sin violencia ni amenaza grave, no generan responsabilidad criminal”, reiterando que “cuando un menor realiza el acto sexual con un compañero de edad aproximada o con otro menor de más edad (...), si (...) no ha habido violencia ni amenaza, ni prevalimiento (...), ni una diferencia de edad reseñable, se estará ante un acontecimiento sin significación penal”, BOIX REIG; ORTOS BERENGUER, “Consideraciones sobre: Los delitos de violación de la libertad sexual, proxenetismo y ofensas al pudor público en el Código penal peruano” en *Revista peruana de Ciencias Penales*. T. 11, Idemsa, Lima, setiembre 2002, pp. 146 y 156.

6.1.) El tratamiento en el derecho comparado

Algunas propuestas de este trabajo ya encuentran respaldo en la justicia comparada, de la que extraemos sólo dos de aquellas por su capacidad ilustrativa:

Sala Penal del Tribunal Supremo Español, Casación Penal

Res.Nº 658/2004

“No existe (...) abuso de superioridad, sino una relación sentimental entre una persona madura y otra muy joven (...) capaz de autodeterminarse sexualmente (...).

Juzgado Primero Penal del Circuito, Colombia

Apartadó, (Antioquia), agosto 15 de 2002

“la libertad, integridad y formación sexual no fueron afectados (...). Fue la misma joven quien afirma que tenía conocimiento de las consecuencias de su acción (...) a pesar de su edad, tenía conciencia plena de sus actos, (...) y que no sufrió alteración alguna con el contacto sexual que tuvieron.

Los supuestos, a los que se ha enfrentado nuestra jurisprudencia, como se ha sostenido, bien pueden ser solucionados interpretativamente, sin embargo la aún existente cultura del extremo apego a seguir únicamente las soluciones escritas, podría hacer aconsejable una regulación *ex novo*, destinada a los actos sexuales voluntarios¹⁴⁸, que permita indagar en casos

¹⁴⁸ Coincide en la necesidad de tratamiento diferenciado, ORTS BERENGUER, *Delitos contra la Libertad Sexual*, Tirant lo Blanch, España, 1995; p. 119. En contra CHOCANO RODRIGUEZ al sostener que los medios no interesan, “La violación sexual y los actos contra el pudor de menores” *Op. cit.*, p. 764.

puntuales sobre la “*capacidad natural*”¹⁴⁹ de las mujeres mayores de 14 y menores de 18 años, determinando si efectivamente se puede sostener la lesión de la “*indemnidad sexual*”, mediante pericias antropológicas, siquiátricas o psicológicas, lo que permitirá guardar relación entre lo resuelto judicialmente y lo exteriorizado por las investigaciones científicas oficiales referidas al contexto social que los primeros valoran¹⁵⁰, que muestran ante sí una tendencia global a la disminución de la edad del inicio sexual, como se aprecia, adicionalmente, de la información manejada por las ONGs que enseñan que “*en América Latina y el Caribe (...) en 11 países [se] encontró que la edad (...) para los varones varía de 12.7 años en Jamaica a 16.0 años en Chile; [y que] para las mujeres, varía de 15.6 años en Jamaica a 17.9 años en Chile*”¹⁵¹.

Podría pensarse, por tanto, de *lege ferenda*, abandonar un sistema de presunciones *iue et de iure* de incapacidad¹⁵² y el de los plazos fijos para implementar en su reemplazo el recurso a pericias médicas y

¹⁴⁹ Niega dicha posibilidad, CHOCANO RODRIGUEZ, *Op. cit.*, p. 763.

¹⁵⁰ En este sentido nos referimos a las ya señaladas encuestas del Instituto Nacional de Estadísticas, Encuesta Nacional de Hogares (ENAH), que el año de 1998, en el ítem destinado a la “edad de las mujeres al tener su primera relación sexual” lo establecía un inicio sexual precoz a los 14 años y la investigación del Ministerio de Salud “Objetivo 1 VIH” que el año 2007, lo ubicaba en los 13 años de edad.

¹⁵¹ LUNDGREN, “Protocolos de investigación para el estudio de la salud sexual y reproductiva de los adolescentes y jóvenes varones en América Latina. Organización Panamericana de la Salud, Washington, 2000”; en *La salud sexual y reproductiva de los jóvenes en “América Latina y el Caribe”*: www.advocatesforyouth.org/publications/factsheet/fssaludsexual.htm#2 y en DEMUS: www.demus.org.pe/Menus/radio.htm.

¹⁵² Postula un reemplazo por presunciones *iuris tantum*, HERNÁNDEZ GALLEGOS, “Abusos sexuales” en *Estudios sobre el Código penal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, p. 39.

psicológicas¹⁵³. Tal es el camino seguido por diversos países. Así en Albania, Ucrania y Rusia la capacidad sexual es declarada por un “medico examinador” o “especialista forense examinador”¹⁵⁴. En Francia, en cuyos artículos 225-1-1 y 217-25, se admite la prueba de la capacidad¹⁵⁵. En Italia se ha hallado una salida al usarse la expresión legal “edad inmadura”¹⁵⁶, mientras que en Ecuador se sostiene que “no constituye un acto punible cuando existe mutuo consentimiento”¹⁵⁷. Dejar de lado el criterio de un plazo legal fijo, cuyo cálculo se “compute en términos cronológicos y no psicológicos”,¹⁵⁸ resulta una ventaja si se considera que un límite fijo siempre podría ser atacado de arbitrario.

¹⁵³ “Critícase, (...) que la ley se atenga a la edad prescindiendo del desarrollo físico y moral de la ofendida” RODRÍGUEZ DEVESA; SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal español. Parte especial*, Madrid: Dykinson, 1994, p. 182.

¹⁵⁴ INTERPOL, Legislación sobre ofensas sexuales a menores: www.interpol.int/Public/Children/SexualAbuse/NationalLaws.

¹⁵⁵ HERNÁNDEZ GALLEGOS, “Abusos sexuales” en *Estudios sobre el Código penal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, p. 39.

¹⁵⁶ En Italia se opina que el “concepto límite debe ser el de edad inmadura, que correspondería determinar en cada caso a los tribunales” RODRÍGUEZ DEVESA, SERRANO GÓMEZ: *Derecho penal español. Parte especial*, Madrid: Dykinson, 1994, p. 182.

¹⁵⁷ INTERPOL, Legislación sobre ofensas sexuales a menores, loc cit.

¹⁵⁸ RODRÍGUEZ; COBOS; SÁNCHEZ; “*Derecho Penal. Parte Especial I*”, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1997, p. 168 infra. Añade CHOCANO RODRIGUEZ, “La violación sexual y los actos contra el pudor de menores”, *op. cit.*, p. 765, que su “computo se realiza de momento a momento [y] no de día a día”. En el mismo sentido señala que “tan pronto se comprueba la edad (...) se hace innecesario averiguar si estuvo de acuerdo o no”, BOIX REIG; ORTOS BERENGUER, “Consideraciones sobre: Los delitos de violación de la libertad sexual, proxenetismo y ofensas al pudor público en el Código penal peruano” en *Revista peruana de Ciencias Penales*. T. 11, Idemsa, Lima, setiembre 2002, p. 155.

VIII. Breve referencia a la evolución legislativa civil en la materia del consentimiento sexual

7.1. La Edad del consentimiento

7.1.1. Código Civil de 1852

Tras el código del Estado Nor-peruano y del Estado Sud-peruano de la Confederación Perú-Boliviana, en 1845, Ramón Castilla (periodo de 1845-1851), inicio el proceso nacional de codificación, creando, en 1847, una comisión redactora que entregaría, en 1846, el proyecto de Código de Enjuiciamiento Civil, así como, en 1847, el proyecto de Código Civil, discutidos, por el Congreso Nacional, sin ser aprobados por el debate suscitado en cuanto a la implementación del matrimonio civil. Lo que obligó a crear, en 1849, otra comisión de revisión, la cual los envió, nuevamente a su discusión, reservando los artículos referidos al tema del matrimonio, permitiendo que Castilla los promulgara mediante Decreto del 22 de noviembre de 1850, el cual había previsto su entrada en vigencia luego de siete meses. Sin embargo, en ese periodo, su sucesor presidencial, Rufino Echenique, mediante ley del 7 de junio de 1851, suspendió sus efectos y conformó una nueva comisión parlamentaria revisora que entregó, en diciembre de 1851, otra nueva versión, la que fue aprobada por el Congreso, sin mayor debate, mediante Ley del 23 de diciembre de 1851, que ordenaba al Presidente, promulgar el código de *Enjuiciamiento Civil* y el código *Civil*, este último que permanecería vigente hasta 1936.

Ninguna de las comisiones redactoras del Código Civil de 1852, llevaron actas que dieran luces sobre las fuentes recurridas, sin embargo, el código no fue una imitación integral del código francés, del que se apartó,

entre otros, en su reenvío integro, en materia de celebración del matrimonio al derecho canónico (art. 156), y en especial al concilio de Trento, al disponer: *"El matrimonio se celebra (...) con las formalidades establecidas por la Iglesia, en el concilio de Trento"*, lo que se mantuvo hasta el 23 de diciembre de 1897 al reconocerse, por ley, tanto el matrimonio canónico como el civil.

El Código Civil de 1852 (art. 141), en su versión original, estableció la edad para el matrimonio bajo la siguiente formula: "para que los menores puedan gozar los efectos civiles que, respecto de ellos, produce el matrimonio se requiere que el varón haya cumplido 18 años de edad y la mujer 16". Sin embargo, respecto a la vigencia de dicha norma, se ha señalado, que no se prohibían aquellos anteriores a dicha edad, sino que "los efectos civiles" del mismo están suspendidos hasta alcanzar aquella edad, pudiendo, por lo tanto, contraer matrimonio desde los 12 años en la mujer y los 14 en el hombre, conforme al derecho canónico¹⁵⁹.

Derecho Canónico	
Hombre	Mujer
14	12

Matrimonio Civil	
Hombre	Mujer
18	16

7.1.2. Código Civil de 1936 (Ley N° 8305)

Al código de 1852, le sucedió el de 1936¹⁶⁰. En él se estableció (Art. 87º) la edad para el matrimonio a los 16 años de edad para las mujeres y a

¹⁵⁹ Vide GOITIZOLO, Código Civil, Lima, Librería Gil, 1920, p. 92.

¹⁶⁰ Promulgado por Oscar R. Benavides, mediante Ley N° 8305 del 02 de junio, publicada el 30 de agosto de 1936, en la que autorizó al Poder Ejecutivo a promulgar el proyecto de Código Civil preparado por la Comisión Reformadora del mismo.

los 18 para los varones¹⁶¹, límite etario que se mantuvo hasta que por Ley N° 9181¹⁶², luego de cuatro años, se permitió el matrimonio del varón a los 16 años y de la mujer a los 14¹⁶³.

Ley N° 8305 del 02.06.1936	
Hombre	Mujer
18	16

Ley N° 9181 del 27.09.1940	
Hombre	Mujer
16	14

7.1.3. La reforma penal de Velasco Alvarado (1974)

Velasco Alvarado, guiado por la idea de un idéntico tratamiento en el ámbito civil y penal, el 09 de abril de 1974, luego de advertir que la edad empleada en el ámbito penal era más exigente que la usada como baremo en el derecho civil, uniformizó la edad del consentimiento sexual, modificando, mediante Decreto Ley N° 20583, el Código Penal de 1924, que se limitaba a valorar el consentimiento desde los 16 años de edad. De esta forma el ámbito penal empezó a utilizar el parámetro civil, utilizando como edad del consentimiento sexual-penal desde los 14 años de edad. Se atisba pues, un principio conforme al cual no deberían diferir derecho civil y penal en este aspecto. Lo que se tradujo en que el Código Civil obligara a su par penal adecuar la edad al del primero. La propia norma, proporciona algunos

¹⁶¹ Código Civil de 1936, Art. 87.- el juez podrá dispensar, por motivos graves, el requisito de la edad, siempre que el varón tenga dieciocho años cumplidos y la mujer dieciséis (...), en CASTAÑEDA, Jorge E., Código Civil, 3ra edición, Amauta, Lima, 1966, p. 41.

¹⁶² Ley N° 9181, en cuyo Artículo único disponía: "Modifícase el artículo 87° del Código Civil [de 1936, Ley N° 8305], en los siguientes términos: "El juez podrá dispensar, por motivos graves, el requisito de la edad, siempre que el varón tenga dieciséis años cumplidos y la mujer catorce, y el impedimento de consanguinidad en el tercer grado de la línea colateral". Dicha norma, fue promulgada el 27 de setiembre de 1940 por el presidente Manuel Prado.

¹⁶³ CASTAÑEDA, Jorge E., Código Civil, 3ra edición, Amauta, Lima, 1966, p. 41

de los motivos argumentados para esta adecuación, en cuanto señalaba en sus considerandos: “que la Ley 9184, modificatoria del artículo 87º del Código Civil ha rebajado a catorce años la edad de la mujer para contraer matrimonio, siendo necesario concordar la legislación civil con la penal, en este aspecto; que en los planes educacionales está considerada una adecuada orientación sexual a los adolescentes; que consecuentemente es conveniente disminuir la edad de los agraviados en el caso de delitos contra el honor sexual, previstos y penados en el Código Penal”.

Decreto Ley N° 20583,

El Gobierno revolucionario,

(...) Con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros:

Ha dado el Decreto-Ley siguiente:

Art. 1º.- Modifícase los artículos 199º [y] 200º (...) del Código penal, con el texto siguiente:

Art. 199º.- Será reprimido con pena de muerte el que hubiere hecho sufrir el acto sexual o un acto análogo a un menor de siete o menos de años de edad.

La represión será penitenciaria no menor de diez años, si la víctima contara con más de siete a catorce años de edad y estuviera comprendida en la circunstancia agravante prevista por este artículo. La pena será penitenciaria o prisión no menor de cinco años, cuando tratándose de estos menores no medio dicha circunstancia.

Constituye circunstancia agravante de responsabilidad si la víctima es discípulo, aprendiz o doméstico del delincuente o su descendiente, su hijo adoptivo o hijo del cónyuge o conviviente, o su hermano, o su pupilo o un niño confiado a su cuidado u hospedado.

Art. 200º.- Será reprimido con penitencia no mayor de cinco años o prisión no menor de un mes, el que cometiere un acto contrario al pudor en persona de un menor de catorce años.

General de División E.P. Juan Velasco Alvarado- Presidente de la República

Lima, 09 de abril de 1974

7.1.4. El Código Civil de 1984 (Decreto Legislativo N° 295)

Este cuerpo de leyes¹⁶⁴, aún vigente en la actualidad, dedico su primigenio artículo 46, a establecer la edad para el matrimonio en los 16 años de edad en los varones y los 14 en las mujeres. Dicho parámetro se

¹⁶⁴ Publicado el 25 de julio de 1984 y en vigencia desde el 14 de noviembre.

mantuvo, por 19 años, hasta que en 1999, la reforma impuesta por la Ley N° 27201, establece el límite en los 16 años, tanto para el caso de los varones como las mujeres. De esta forma se elimina aquella concordancia que venía existiendo en entre el campo Penal y Civil. En esta ocasión, a diferencia de lo ocurrido con el código de 1924, donde era el derecho civil, quien recurría a una edad inferior a la del ámbito penal, se invierten los roles, y desde entonces, es el ámbito penal y sus 14 años de edad, quien mantiene una edad menor a la empleada en la legislación civil (16 años).

7.2. Evolución legislativa relacionada a los Actos contrarios al Pudor

Los actos en contra del pudor, a la fecha mantienen la siguiente redacción:

Art. 176-A.- Actos contra el pudor en menores.- El que sin propósito de tener acceso carnal regulado en el artículo 170 [violación sexual], realiza sobre un menor de 14 años u obliga a éste a efectuar sobre sí mismo o tercero, tocamientos indebidos en sus partes íntimas o actos libidinosos contrarios al pudor, será reprimido con las siguientes penas (...):

1. Si la víctima tiene menos de 7 años, con pena no menor de 7 ni mayor de 10 años.
2. Si la víctima tiene de 7 a menos de 10 años, con pena no menor de 6 ni mayor de 9 años.
3. Si la víctima tiene de 10 a menos de 14 años, con pena no menor de 5 ni mayor de 8 años.

Si la víctima se encuentra en alguna de las condiciones previstas en el último párrafo del artículo 173¹⁶⁵ o el acto tiene un carácter degradante o produce grave daño en la salud física o mental (...) que el agente pudo prever, la pena será no menor de 10 ni mayor de 12 años (...). (Modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 28704, publicada el 05 abril 2006).

¹⁶⁵ El artículo 173, considera un agravante cualquier posición, cargo o vínculo familiar que dé particular autoridad sobre la víctima o le impulse a depositar en él su confianza.

Respecto a los actos contrarios al pudor, el código penal de 1924, partió de limitar su protección hasta los 16 años de edad y, tras la modificación de 1974, la redujo hasta los 14 años de edad, siguiendo al efecto el nuevo límite adoptado por la modificación de 1940, experimentada por el Código Civil de 1936. Este límite etario fue trasvasado al Código punitivo de 1991, y pervivió incluso a la modificación del 2006, que elevó la edad del consentimiento para los actos sexuales a los 18 años. Dicha modificación, habría respondido a una concepción de un aumento de drasticidad en el trato de la materia sexual, sin embargo, paso por alto y conservó el límite de los 14 años de edad para la protección frente a los actos opuestos al pudor, configurando un nuevo mensaje, según el cual, entre los 14 a los 18 años de edad, o bien que dichos menores no merecen ser protegidos frente a los atentados contra el pudor en su contra o bien se les reconoce amplia libertad para consentirlos, siempre y cuando no impliquen actos sexuales, lo que resultó siendo, desde la óptica de la drasticidad, una incoherencia de técnica legislativa.

Cuadro 21

Los actos contra el Pudor

Evolución de la legislación pertinente

Cuadro 21

11 NOV 1924	27 SEP 1940	09 ABR 1974	10 FEB 1991	08 NOV 1999	05ABR 2006
Código Penal 1924	Código Civil 1936	Código Penal 1924	Código Penal 1991	Código Civil 1984	Código Penal 1991
Ley N° 4868	Ley N° 9181	D. Ley N° 20583	Ley N° 25305	Ley N° 27201	Ley N° 28704
Art. 200°	Modif. Art. 87°	Modif. Art. 200°	Art. 176°-A	Modif. Art. 46°	Modif. Art. 176°A
Menos de 16	Mujer = 14 Varón= 16	Menos de 14	Menos de 14	Mujer= 16 Varón= 16	Menos de 14

7.3. Evolución legislativa relacionada al consentimiento sexual (violación presunta)

El término violación presunta es empleado, entre otros casos, para referirse a los supuestos donde existe el consentimiento sexual otorgado por menores de edad, por debajo del límite en el que el código penal lo tiene por válido.

La evolución del rechazo o aceptación del consentimiento sexual ha sido muy volátil. Así el Código de 1924, había adoptado el límite inferior, en el cual aceptaba dicho consentimiento, en los 16 años de edad, muy superior a los 14 años, adoptado originalmente por su par de 1991.

El Código de 1924 adoptaba los 16 años, debido a que se encontraba ligado por ser aquella la edad empleada por el Código Civil de 1936 por entonces vigente (criterio de la paridad de trato). Ello explica que, al disminuir este último la edad en referencia a los 14 años, no paso mucho tiempo para que el código penal restableciera dicha paridad, adoptando dicha edad para su uso en el fuero penal. Este criterio fue heredado por la versión primigenia del Código Penal de 1991, que en armonía con su par civil, mantuvo el límite heredado, sin embargo, en 1999 se quebró dicho criterio paritario, cuando el Código Civil elevo la edad a los 16 años¹⁶⁶, dos

¹⁶⁶ Art. 46º.- La incapacidad de (...) mayores de dieciséis años cesa por matrimonio o por obtener título oficial que les autorice para ejercer una profesión u oficio.

La capacidad adquirida por matrimonio no se pierde por la terminación de éste.

Tratándose de mayores de catorce años cesa la incapacidad a partir del nacimiento del hijo, para realizar solamente los siguientes actos: 1. Reconocer a sus hijos./ 2. Reclamar o demandar por gastos de embarazo y parto. / 3. Demandar y ser parte en los procesos de tenencia y alimentos a favor de sus hijos. (Texto según la Ley Nº 27201, publicada el 14 de noviembre de 1999).

años por encima del estándar penal empleado. Aquel factor creaba un núcleo de autonomía funcional pues implicaba un trato más lenitivo que el otorgado por el ámbito civil. Un segundo cisma se experimentaría el año 2006 cuando, en esta ocasión el Código Penal elevó dicha edad, por encima de dos años del nuevo baremo civil, ubicándola en los 18 años. Se dio inicio así a un periodo en el cual, desde una óptica meramente formal, el Código Penal invirtió el rol interno del ordenamiento jurídico según el cual, el orden punitivo debe ser subsidiario al extrapenal.

La subversión de roles, trajo como consecuencia la generación de una serie de distorsiones en la aplicación de la norma, cuyas primeras manifestaciones, frente a la verificación del consentimiento de la víctima y los mecanismos para encubrir su valoración, originó el empleo deformado de los institutos de la insuficiencia probatoria, inconsistencia en la declaración de la víctima, el error de prohibición, o incluso el empleo de la relación cliente-usuario, por su escasa penalidad, entre otros. Dicha evolución llegaría a su estadio máximo, cuando los órganos de juicio empezarían a tomar el camino de la inaplicabilidad de la norma.

Cuadro 22

Evolución de la legislación pertinente

Cuadro 22

11 NOV 1924	27 SEP 1940	09 ABR 1974	10 FEB 1991	08 NOV 1999	05ABR 2006
Código Penal	Código Civil	Código Penal	Código penal	Código Civil	Código Penal
Ley N° 4868	Ley N° 9181	D. Ley N° 20583	Ley N° 25305	Ley N° 27201	Ley N° 28704
Art. 199°	Modif. Art. 87°	Modif. Art. 199°	Art. 173°	Modif. Art. 46°	Modif. Art. 173°
Menor de 16	Mujer = 14 Varón= 16	Menos de 14	Menos de 14	Mujer= 16 Varón= 16	Menos de 18

VIII. Investigaciones empíricas y jurídicas sobre la sexualidad juvenil.

Encuentros y desencuentros

Entre un trabajo antropológico o uno médico-estadístico y una ley, ¿qué influencia tienen los primeros cuando niegan a la última?. Si las pericias buscan hacer entender aspectos específicos de un hecho particular, sometiéndolo a un análisis por especialistas, permitiendo a quien ha de juzgar, una mejor comprensión de la situación en que se realizó precisamente el hecho que juzga.

El juez puede solicitar la colaboración de especialistas para absolver detalles sobre la edad del inicio sexual de los jóvenes en determinados contextos geográficos, incluidos sectores de la capital de la Republica, como ocurriría respecto a los pueblos jóvenes, barrios pobres, etc, Ello debe influir en su convicción para resolver sobre la base conocimientos objetivos y mantener su distancia de prejuicios y suposiciones, ayudándole a configurar una justicia más objetiva y predecible.

La antropología permite una perspectiva general (holística) del ambiente en el que se produjo el encuentro sexual y traslada la visión de los miembros de la sociedad más cercana a los hechos. Posibilita así confrontar diferentes argumentos que puedan darse sobre el aspecto del valor del consentimiento sexual que juzga, permitiendo discutirlos y confrontarlos. Aquí también abonan los trabajos de campo realizados en al ámbito de la medicina, Vg. Objetivo 1VIH- Ministerio de Salud-Fondo Mundial-2007; Derechos sexuales y reproductivos de adolescentes en el Perú, CONAJU-2006; Salud Sexual y reproductiva adolescente y juvenil INEI-2002; Chirinos, Brindis, Salazar, Bardales, Reátegui, Perfil de estudiantes adolescentes sexualmente activos en colegios secundario de Lima-1999, Edad de las mujeres a la primera relación sexual, INEI-1998, Salaverry, Embarazo

adolescente en Lima 1993, Chu, Salud reproductiva de jóvenes que estudian en centros educativos nocturnos de Lima metropolitana -1990.

El valor de la pericia antropológica y los estudios médicos de campo, estriba en recoger aquello que escapa al examen medico-legal, aquello que dejo de lado, es decir las vivencias, experiencias y el proyecto de vida de la víctima. Así, el informe pericial o los trabajos de campo, serán valorados al formarse la prueba.

En este contexto, la visión del acto sexual voluntario como delito puede transmutar y, ante los ojos de la antropología se vera como una expresión normal de las relaciones humana. Si este encuentro es relacional, entonces en ese contexto, la pareja que lo mantiene no son "autor y cómplice", no son delincuentes" todo el tiempo, sino que también juegan el rol de enamorados, convivientes, padres, miembros de un hogar, etc.,. Asimismo, dicha pareja no está sola, sino que la respalda en su visión del mundo, toda la sociedad que los rodea y cuyos congeneres le han dando un marco de significación al encuentro sexual, en un contexto de actos solidarios con su percepción, tales como la edad del inicio sexual de sus padres, sus amigos, vecinos, es decir, de la sociedad que lo rodea, por lo que es, bajo esta base y no sobre otra, es que se debe juzgar su conducta y para ello se debe introducir al proceso, las experiencias, significados y construcciones simbólicas sobre los hechos, así como acontecimientos vividos por el procesado y su presunta víctima. En el ámbito penal se ha intentado aquello en Honduras, recurriendo a la teoría finalista de la acción cuando, desde nuestro punto de vista resulta más coherente el de la autoresponsabilidad de los sujetos intervinientes.

“para la absolución (...) [de] un joven de 23 años de edad [que] hizo vida “*marital*” con una adolescente de 13 años con la cual seguía conviviendo al momento del juicio (...) el Tribunal [expresa] “(...) [que] la Corte Suprema de Justicia de Honduras (...) aplicando la teoría finalista de la acción (...) resolvió (...) que no

se había acreditado la comisión de los delitos (...)// porque el imputado (...) no buscó saciar un apetito sexual de momento, sino formar un hogar con la menor (...) no existió el dolo [y] el imputado y la víctima manifestaron ante el tribunal que (...) su intención (...) era conformar un hogar entre ellos (...)"¹⁶⁷.

8.1. Investigaciones empíricas

8.1.1. La Investigación del Fondo Mundial del 2007 en el Perú

En el Perú existen estudios sobre la sexualidad juvenil de la población. El problema se halla en como articularlos con el derecho penal. Así, la investigación más reciente data del año 2007 donde vieron la luz 10 estudios auspiciados por el Fondo Mundial y dirigidos por el Dr. Alfonso Zavaleta¹⁶⁸, cuyo ámbito geográfico se redujo a cinco ciudades (Lima, Callao, Ica, Chimbote, Pucallpa e Iquitos). Sus resultados se difundieron mediante los medios de comunicación (diario “El Comercio” del 09.08.07 y diario oficial “El Peruano”, ediciones del 10 y del 12.08.07). A su vez, la comunidad médica los vio aparecer como resultados de estudios sobre VIH-Sida, realizados por el Ministerio de Salud (MINSA), presentados en el auditorio del Cuerpo Médico del Hospital Arzobispo Loayza (09.08.07). Dichos resultados concluyeron en señalar que la edad promedio del inicio sexual de los jóvenes peruanos, rondaría en los 13 años de edad e incluso señalaba su inicio

¹⁶⁷ Evaluación de la reforma procesal penal desde una Perspectiva de género. Honduras, Centro de Estudios de Justicia de las Américas. CEJA. Informe Preliminar, Tegucigalpa, 2004, pp. 56 - 57. Disponible en: http://cejamericas.org/doc/proyectos/informe_honduras.pdf

¹⁶⁸ Subcoordinador de Investigaciones y comunicaciones del Objetivo 1 VIH, de la V Ronda Fondo Mundial.

a los 11 años, sin embargo, luego de algunos meses se, en el día de la lucha contra el VIH, se especifico que dichos estudios se realizaron únicamente respecto ala población en edad escolar, lo que explicaría dicha reducida edad. Estos resultados, hasta la fecha, no han visto la luz bajo la forma de una publicación oficial alguna.

8.2. Las investigaciones jurisdiccionales

La administración de justicia manifestaba en la praxis una disparidad ante la legislación penal-sexual (Ley 28704 del 05.04.2006). Así un sector declaraba inconstitucional la restricción de responsabilidad restringida (R.N N° 607-2007¹⁶⁹ y R. N. N° 395-2004¹⁷⁰), pero callaba sobre el valor de los encuentros sexuales consentidos. Posteriormente, en agosto de 2007, para abordar este y otros problemas, desarrollo el “Pleno Jurisdiccional Regional sobre Abuso y explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes” y, tan solo pasados cuatro meses, en diciembre de 2007, la Corte Suprema emitiría el Acuerdo Plenario N° 7-2007/CJ-116, a fin de enfrentar dichas contingencias.

8.2.1. El Pleno Jurisdiccional Regional del 2007

En agosto del 2007, magistrados de diversos distritos judiciales¹⁷¹, confluyeron en el denominado Pleno Jurisdiccional Regional Penal sobre

¹⁶⁹ CASTILLO ALVA, Jurisprudencia Penal, Grijley, Lima, 2007, T. I., pp. 252-253.

¹⁷⁰ CASTILLO ALVA, Jurisprudencia Penal, Grijley, Lima, 2007, T.I., pp. 269-270.

¹⁷¹ El mismo que abarco los abarcó ocho distritos judiciales (Lima Norte, Lima, Huaura, Callao, Cañete, Cusco, Loreto y Madre de Dios)
<http://www.pj.gob.pe/CorteSuprema/cij/index.asp?opcion=listar&codigo=338>

explotación sexual y comercial de los niños, niñas y adolescentes, donde (Acuerdo N° 18 y 19) además de declarar la plena vigencia de los delitos de Seducción (Art. 175º) y usuario-cliente (Art. 179-A), rechazando la tesis de su derogación por el inciso 3 del art. 173 (Ley N° 28704). En dicho acto se analizaron temas referidos a cuestiones probatorias, de la determinación judicial de la pena y de los beneficios penitenciarios.

En el aspecto probatorio, reconoció que la existencia de autoinculpación no basta para la condena pues sólo se puede reconocer el aspecto fáctico de su acción, que puede no adecuarse a una responsabilidad jurídica, en cuyo caso cabe la absolución por ausencia de tipicidad, de antijuridicidad o la inexistencia de suficiencia probatoria o la presencia de elementos de justificación. (Acuerdos 29 y 30).

En cuanto a la determinación judicial de la pena, se concluyó que la proporcionalidad y la razonabilidad autorizan al juez a aplicar las penas por debajo del mínimo legal, sin que existan causales (genéricas o específicas) de atenuación (Acuerdo N° 1), siendo especialmente atendibles la procreación de hijos producto del encuentro sexual voluntario, todo ello, conforme al artículo 45.3 del Código Penal y al interés superior del niño (Acuerdo N° 31). Incluso para evitar desamparando a la víctima o a su prole habría de procederse a suspender las penas (Acuerdo N° 33).

Por último, cabe resaltar que se haya declarado inconstitucional, por atentatorio de los derechos humanos, la Ley N° 28704, que modificó el inciso 3 del art. 173 (Acuerdo N° 35), descalificación que se extendió a la prohibición de beneficios penitenciarios para los delitos sexuales contra menores, señalando aquí, la aplicación del control difuso de constitucionalidad (Acuerdo N° 27).

8.2.2. Acuerdo Plenario N° 7-2007 del 16.11.2007

Los constantes vaivenes de la praxis judicial que en algunos casos consideraban delictivo los encuentros sexuales y en otros atípicos, obligaron a que la Corte Suprema de Justicia, en un primer momento, dilucidara sobre los ámbitos de aplicación del artículo 173.3 modificado por Ley 28704. Esto ocurriría mediante el análisis de las Ejecutorías Supremas del año 2006 y delimitando su universo a aquellas que impusieron condenas mayores de 25 años de privación de la libertad a procesados entre 18 y 21 años de edad. Debido a que en las mismas no se abordaba directamente dicho problema con la amplitud necesaria era menester redactar un conjunto de fundamentos que conformase una doctrina legal vinculante, lo que se estableció mediante el Acuerdo Plenario N° 7-2007/CJ-116, que estableció un límite de 16 años de edad, que posteriormente sería rectificado restituyendo el parámetro inicial de los 14 años de edad, mediante el Acuerdo Plenario 4-2008.

Así estableció el Acuerdo 7-2007, en su fundamento 7, que el tratamiento de la sexualidad de menores de 18 años, contenido en el artículo 173°.3, era excesivo y su penalidad desmesurada si se realizaba una comparación con las consecuencias que establecían otros delitos que igualmente regulan el trato sexual con menores de edad. Así, su consentimiento, a los 14 años de edad elimina la tipicidad en los delitos contra su pudor (artículo 176°-A), en caso de haber mediado el consentimiento del menor pero este fue obtenido por engaño, la pena conminada no superaba los 5 años (art.175) y, si los actos sexuales se desarrollaron como consecuencia de una relación de prostitución, la pena con la que se amenazaba sólo llegaba a los 6 años de prisión (Art. 179°-A).

La situación antes descrita llevo a establecer los lineamientos que a continuación se señalan. Primero, se recurrió al proporcionalidad - o prohibición de exceso- del art. VIII del Código pena, estableciendo que el mismo obligaba a que la cantidad y la calidad de la pena sean adecuadas al daño irrogado a la víctima, al grado de culpabilidad, las consecuencias sociales y también a las repercusiones en el mundo personal del imputado y su entorno familiar y social. Para ello, el juez esta obligado a restablecer la “proporcionalidad concreta” cuando el legislador penal no respetó la “proporcionalidad abstracta” en las escalas de las penas establecidas en la ley (fundamento 8).

El Acuerdo también estableció que al interpretar el inciso 3) del artículo 173°, modificado por la Ley N° 28704, era obligatorio considerar sus fundamentos 9 al 12, en los que estableció criterios para determinar esa pena realmente proporcional. Así si se consideran otros delitos sexuales o incluso delitos contra la vida, la escala de penas del art. 173°3, es desproporcionada. El juez ha de reducirla hasta poder tildarla de adecuada y equitativa, considerando las particularidades específicas del caso y las condiciones especiales de los intervinientes (fundamento 9). Si el legislador reprime, con penas no mayores de 6 años las relaciones media engaño o de prostitución, el juez no puede ser más severo –por lo contradictorio que ello significaría- cuando prestó su pleno y libre consentimiento (fundamento 10). Asimismo, estableció la posibilidad de recurrir alternativamente y para una mejor justificación, si es que concurrieran, (fundamento 11), a cualquiera de las siguientes circunstancias atenuantes:

- 1) Inexistencia de una excesiva diferencia de edad¹⁷².

¹⁷² La inexistencia de una diferencia de edades marcada puede hallar un antecedente en la legislación.

- 2) Existencia de un vínculo sentimental sin impedimentos o tolerado socialmente¹⁷³.
- 3) La admisión voluntaria del procesado de las prácticas sexuales¹⁷⁴.
- 4) Que sus costumbres y percepción cultural postule las prácticas sexuales o convivencia a temprana edad¹⁷⁵.

De esta forma la pena del artículo 173°, inciso 3), se rebajo hasta los mismos límites empleados por los artículos 175° (seducción) y 179°-A (Cliente-Usuario), por tratarse de conductas semejantes pero que incluso poseen un mayor desvalor de acción por mediar el engaño y el dinero como elemento determinante del acto sexual (fundamento 12).

La Suprema Corte, en el Acuerdo Plenario, asume que a partir del Código Civil, artículos 44¹⁷⁶, 46¹⁷⁷ y 241¹⁷⁸, los mayores de 16 años de edad

¹⁷³ La adopción de un sistema de tal naturaleza, tiene la virtud de que al ser trasladado al fuero de menores, evita cualquier duda respecto a la ausencia de necesidad de someter los encuentros sexuales entre adolescentes a un proceso judicial ante el juez de familia. Por su parte, en el ámbito penal, encuentra un antecedente en Liechtenstein (Europa), donde se toleran las prácticas sexuales desde los 14 años de edad con una pareja con la que no exista una diferencia mayor de 3 años de edad. Ello encontraría su fundamento en que la diferencia marcada de edad es un indicio de la pedofilia y de un abuso de la experiencia adquirido por la superioridad y la instrumentalización del menor.

¹⁷⁴ Esta atenuante se condice con la colaboración eficaz reglada en el art. 136, 2do pf. del Código de procedimientos penales peruano y de la misma forma se haya prevista como atenuante genérica, bajo la forma de “colaborar eficazmente con las autoridades judiciales en el esclarecimiento de”, por el art. 46.12 del Código penal de Uruguay.

¹⁷⁵ Si bien, las relaciones sexuales guardan relación con el entorno cultural, no debe por ello confundirse el problema con uno de error por condicionamiento de la cultura, lo cual se advierte facialmente al percatarse que dicho fenómeno se genera también en la capital de la República, por lo que aborda un tema más genérico como el de los vínculos entre derecho penal y realidad social.

tienen sólo una relativa incapacidad y la prohibición absoluta se refiere a mujeres menores de 14 años de edad. En este sentido al poseer 16 años de edad, su incapacidad cesa por matrimonio.

Como consecuencia de lo anterior, se efectuó una doble separación, en la cual, si la relación sexual es voluntaria y el agraviado tiene de 16 a 18 años de edad, le resulta aplicable el artículo 20°.10 del Código Penal – el consentimiento-, pues ya posee la libre disposición de su libertad sexual, al punto que se le autoriza a casarse. En segundo lugar, si la relación sexual es voluntaria pero el agraviado tiene entre 14 y menos de 16 años de edad, la pena a aplicársele será la de los artículos 175°, seducción (3-5 años) y 179°-A, cliente-usuario, (4-6 años) del Código Penal (fundamento 12).

Aquel actuar no significa descuidar aspectos médicos y psicológicos del desarrollo adolescente. Si bien, la ley parte de reconocer la normalidad del desarrollo sexual entre adolescentes, y no de un adolescente con un adulto.

¹⁷⁶ Son relativamente incapaces (inc. 1), los mayores de 16 y menores de 18 años de edad.

¹⁷⁷ La incapacidad de mayores de 16 años cesa por matrimonio y tratándose de mayores de 14 años cesa la incapacidad desde el nacimiento del hijo, para reconocer a sus hijos; reclamar o demandar por gastos de embarazo y parto; demandar y ser parte en los procesos de tenencia y alimentos a favor de sus hijos. [Art. modificado por la Ley N° 27201, publicada el 14-11-99.]

¹⁷⁸ Los adolescentes no pueden contraer matrimonio, pero el juez puede dispensarlos cuando tengan 16 años y manifiesten expresamente su voluntad de casarse." [Inciso modificado por la Ley N° 27201, publicada el 14-11-99, pues anteriormente la mujer podía tener 14 años].

Existe de por medio una dificultad terminológica pues al emplearse el término violación sexual tanto para los actos consentidos como aquellos no consentidos, siempre lleva al error de confundir unos con otros pretendiendo privarles de toda diferencia.

Según la Convención de los Derechos del Niño, en su Art. 12.1, los Estados se comprometen a garantizarles estar en condiciones de formarse su propio juicio y expresar su opinión libremente en lo que les afecte, teniendo en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez, y en su Art. 12.2, darle la oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial. El menor debe ser protegido, debiendo respetar su integridad moral, psíquica, física, su libre desarrollo y bienestar. El derecho penal sólo debe excluir aquellos actos donde claramente no debe incursionar. Uno de ellos es la existencia de una relación sentimental comprobada, supuesto mas claro aún cuando se ha procreado descendencia, sin descuidar la lucha contra los actos sexuales no consentidos.

No todo se limita a reconocer la sexualidad entre adolescentes como realidad, sino que debe desalentarse, sin embargo, aquello sólo puede perseguirse extrapenalmente, mediante la educación sexual y la disminución de la pobreza y no con la reclusión de enamorados, convivientes o la ruptura de una unidad familiar ya conformada. Un pensamiento opuesto a dicha retirada del derecho penal sexual a favor de otros medios de control más eficaces, tiene como consecuencia una inconsciente complicidad con un status quo que mantiene inalterable aquello que pretende como finalidad-, el disminuir la edad del inicio sexual-, con el riesgo de generar efectos perjudiciales en el grupo de enamorados y convivientes.

Ciertamente el reto para los órganos de juicio y persecución implica en aparejar el derecho penal con nuestra realidad social, pero tampoco se basta con corroborar la existencia del consentimiento, este debe estar libre de todo indicio que le prive de normalidad. Dicho con un ejemplo, se excluirá el consentimiento ante un chantaje, o cuando se aprovecho de la ingesta del alcohol sólo por parte del adolescente, o se lo instrumentalizo por ser especialmente sugestionable. En estos casos al no estar plenamente esclarecidas las circunstancias del hecho, sólo una acción judicial puede determinar el grado de responsabilidad del autor, eliminado el riesgo de reconocer la sexualidad adolescente y la facilitación de su aprovechamiento por adultos, lo que incluso puede vincularse con la explotación de la prostitución sexual de menores por quienes lo han hecho una forma de vida o por las redes de trata de blancas al poder disimular una relación cliente-usuario so pretexto del consentimiento libre de la menor, riesgo que sólo podrá disminuirse mediante el trabajo técnico por parte de la policía y la fiscalía, pues como ha dicho el Tribunal Constitucional, una elación de prostitución pueda comprobarse filmando el pago o la entrada a un hostel. (STC 6712-2005-HC/TC, fd. 49¹⁷⁹).

Así todo análisis favorable o negativo del art. 173.3, debe partir de valorar las investigaciones estadísticas sobre al edad del inicio sexual en el Perú, y sobre la vía idónea para disminuirla Como hemos señalado, los años 1994, 1998 y el 2007 se advirtieron indicios de la existencia de sexualidad adolescentes desde los 13 años de edad, incluso en la capital del país.

¹⁷⁹ 49. (...) A criterio de este Colegiado, la existencia de este tipo de prostitución es un hecho que sí ameritaba ser conocido por la sociedad, máxime si a través de su conocimiento podría llegar a protegerse convenientemente la salud (...) //. Bastaba hacer un seguimiento de la persona que se estaba investigando o mostrar el momento en que se hacía el trato.

Si un joven de 16 años tiene relaciones sexuales con su enamorada de 14 años, es un exceso que un juez de familia deba procesarlos como infractores de la ley penal sexual, con el riesgo de recluirlos en un centro de rehabilitación de menores. El ordenamiento debe tener un mensaje claro que evite que las madres adolescentes desistan de sus controles pre-natales poniendo en riesgo su vida y la del concebido, por el miedo a que su pareja puede ser procesada y encarcelada, miedo que a su vez dificulta que sus hijos puedan ser reconocidos por el progenitor, por el temor de hacer evidente las relaciones sexuales y ser detenido.

Podría criticarse que el reconocimiento de edades reducidas para el actos sexual facilita la impunidad de de los adultos culpables más que de la absolución de los enamorados o convivientes. A ello debe oponerse no sólo que es preferible absolver a un culpable que condenar a un inocente, sino que el margen de impunidad depende más de la actuación se la policía y la fiscalía en su labor persecutora que de la configuración de la norma.

Un mecanismo más eficaz en la lucha contra de la impunidad de este delito transita por la educación escolar, en la que se destierre de los menores la idea hoy muy difundida de que su sola declaración será carente de valor frente a ala de su agresor, ya sea su profesor, padrastro, vecino, etc.

El actual sistema no esta preparado para afrontar seriamente su protección. Así desde las exigencias más elementales como pedir a sus padres que, con muchos esfuerzos se han apersonado ante la policía o fiscalía, que formulen la denuncia por escrito, o impedirle a los menores su ingreso sin compañía adulta a las fiscalías e incluso denegar su ingreso con zapatillas, buzos o polos, cuando es, en muchos casos, la única

indumentaria que a esa edad poseen. Ello evidencia, nuevamente, que el sistema penal no se ha basado en su protección.

No en vano los adolescentes muestran faces negativas como los así llamados “pirañitas” que cometen robos, homicidios, se drogan y violan, pero también es una realidad que poseen parejas y procrean hijos, los cuales incluso no inscriben en ningún registro oficial. La extrema pobreza y abandono los obliga a madurar demasiado rápido y a no tener una visión de futuro que los obligue a demorar el inicio de las relaciones sexuales y la conformación de una familia.

También el Estado reconoce la necesidad de que los menores en extrema pobreza ayuden a su padres y así se le reconocen derechos laborales desde los 12 años de edad¹⁸⁰, a la par que la Convención del Niño y Adolescente, recalca reconocer su libre albedrío de acuerdo a su capacidad de discernimiento e incluso, el código civil, busca proteger a las madres adolescentes desde los 14 años.

Otro de los mecanismos para la lucha eficaz contra los actos sexuales en agravio de menores es la correcta preparación de profesores, policía, fiscales y jueces de familia, respecto a los indicios de un abuso sexual en su agravio, entre ellos, la depresión e intentos de suicidio. Los abusos son exteriorizados en la escuela con conductas atípicas como repentinamente

¹⁸⁰ Código del Niño y adolescente, Art. 238.- Los menores de dieciocho años necesitan para trabajar autorización escrita del Inspector del Trabajo, en su defecto, de la primera autoridad local, a solicitud de los padres y, a falta de éstos, del Defensor de Familia. Prohíbese el trabajo de los menores de catorce (14) años (...). Excepcionalmente y en atención a circunstancias especiales calificadas por el Defensor de Familia, los mayores de doce (12) años podrán ser autorizados para trabajar por las autoridades señaladas en este artículo, con las limitaciones previstas en el presente Código.

repetir de grado y no mejorar el rendimiento escolar, una conducta retraída, sin interés, apática, sin vitalidad, demasiada sumisa, incapaz de relacionarse, llanto sin motivo, hasta la agresión de contra otros niños, demasiado sumisa e incapaz de relacionarse con otros niños o que llora sin motivo.

La mayor de los agentes de estos delitos sexuales son consientes que en una sociedad donde los menores crecen en un contexto donde no se respetan los derechos sexuales de las mujeres adultas, inconscientemente consideran que es más difícil que se respeten los de los suyos, lo que facilita coaccionarlos mediante amenazas contra su vida, o la de sus familiares. A lo que se añan los conflictos de la vida en extrema pobreza, como dilucidar entre denunciar a su padre o padrastro y privar al hogar del sustento económico, el temor reverencial a que los padres antes que apoyarlos los castiguen por haber tenido una conducta que los dejó victimizar. Circunstancias que son fácilmente manipulables por los agresores para instrumentalizar a su víctima y evitar que denuncien el hecho¹⁸¹.

La educación muestra un factor de importancia, la edad de las relaciones sexuales guarda relación directamente proporcional con el nivel educativo y con el índice de desaprobación del grado, por lo que en las escuelas es menester educarlos sobre la sexualidad, frente a lo que constituye un obstáculo una regulación penal que no diferencia los actos sexuales consentidos de los forzosos. Así el Código penal mexicano (art. 201), ha visto necesario excluir de la posibilidad de una imputación penal, bajo el incorrecto entendido de que de esta forma se estaría instigando a los

¹⁸¹ De manera crítica respecto a los excesos que una errónea interpretación de estos indicios, GREGORIO BUSTAMANTE, *Abuso sexual infantil: denuncias falsas y erróneas*, Omar Favale, Buenos Aires, 2004.

menores a iniciarse en practicas sexuales a una edad prohibida por la ley¹⁸², lo que evidencia el frágil equilibrio entre la técnica penal sexual empleada y las distorsiones que puede generar en otros sectores que coadyuvan a solucionar el tema de fondo por otros mecanismos extrapenales educativos y médicos. Por lo tanto debemos centrar la mirada en el nivel de eficacia en la persecución del delito, sin importar la pena conminada y no tanto en la pena como una declaración acaso nunca impuestas¹⁸³ o en una persecución que genere más consecuencias sociales que las que busca eliminar, tal como ocurrió con la detención ilegal de madres adolescentes por parte de instituciones medicas, como consecuencia del art. 30 de la Ley 26842, ley General de Salud, que obliga a los profesionales de salud a denunciar y, por tanto, asentar en el libro de guardia, bajo el riesgo de cometer a su vez el delito de omisión de denuncia, en aquellos casos donde pudieran estar frente a un ilícito penal¹⁸⁴.

¹⁸² Código Penal Federal de México (14.08.1931), art. 201º. (...) No se entenderá por corrupción de menores los programas preventivos, educativos o de cualquier índole que diseñen e impartan las instituciones públicas, privadas o sociales que tengan por objeto la educación sexual, educación sobre función reproductiva, la prevención de enfermedades de transmisión sexual y el embarazo de adolescentes, siempre que estén aprobados por la autoridad competente.

¹⁸³ Así, por ejemplo, en Chile se sostiene que la “existencia (...) de asistencia gratuita de tipo judicial y psicológico para las víctimas de las agresiones sexuales (...) permitirá (...) con mayor rapidez una recuperación, y se consiga que el agresor sea condenado”, SAN MARTÍN, Néstor y otros, “Violencia sexual en Chile y nueva ley de delitos sexuales”, en *Revista Fronteras en Obstetricia y Ginecología*, Chile, julio 2002, p. 61.

¹⁸⁴ Art. 30.- El médico que brinda atención médica a una persona por herida de arma blanca, (...) bala, accidente de tránsito o por causa de otro tipo de violencia que constituya delito perseguible de oficio (...) existan indicios de aborto criminal, está obligado a poner el hecho en conocimiento de la autoridad competente.

8.2.3. Críticas al Acuerdo Plenario N° 7-2007

Este Acuerdo Plenario, posteriormente sería modificado por el Acuerdo 4-2008 y fue materia de observaciones resaltando dos de aquellas:

a) Críticas de María García Cantizano¹⁸⁵

1. Presunta infracción del principio de culpabilidad:

Crítica que el Acuerdo desconoce que el art. VIII del Código Penal no es un criterio de medición de la proporcionalidad abstracta de las penas sino de la medición de la culpabilidad concreta del agente. Así al aplicar el test de culpabilidad se partiría de límites impuestos en el tipo penal, imponiendo dentro de él el quantum de la pena valiéndose de los arts. 45 y 46 del Código Penal, sentenciando que “puedo decir que esta pena es excesiva, pero (...) no puedo decir (...) que (...) no la aplicare sobre la base del criterio de culpabilidad”¹⁸⁶. Desde esta perspectiva sólo se podrá imponer una pena por debajo del marco legal mínimo, atendiendo a supuestos legalmente previstos¹⁸⁷. A este punto de vista ha de oponerse que en investigaciones

¹⁸⁵ BALCÁZAR ANGELES, Apuntes en torno al delito de violación sexual, disponible en <http://blog.pucp.edu.pe/item/26603> rev. 26.11.08

¹⁸⁶ BALCÁZAR ANGELES, Apuntes en torno al delito de violación sexual, Apuntes en torno al delito de violación sexual, disponible en <http://blog.pucp.edu.pe/item/26603> rev. 26.11.08

¹⁸⁷ Así en el Código penal, omisión (art. 13 in fine), error de tipo vencible (Art. 14), error cultural vencible (Art. 15), tentativa (Art. 16, segundo párrafo), supuestos del art. 21 (causales incompletas previstas en el art. 20), responsabilidad restringida (art. 22), la complicidad secundaria (art. 25, segundo párrafo), lesión preterintencional (Art. 123), insignificante violencia o amenaza en el robo de ganado (Art. 189-c), colaboración en el

estadísticas recopiladas en trabajos como los de VÁSQUEZ BOYER¹⁸⁸, hayan evidenciado que la judicatura no fue ajena, ni siquiera bajo el antiguo texto del art. 173, para establecer penas por debajo del mínimo establecido en él, como se observa de la siguiente grafica.

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAMBAYEQUE			
1ª Sala Penal	Pena privativa de libertad	Violación sexual	Casos
1996	2 años	Art. 173	1
1999	2 años	Art. 173	1
	2 años	Art. 173	1
2ª Sala Penal	Pena privativa de libertad	Violación sexual	Casos
1992	2 años	Art. 173 (Inc. 3)	1
	2 años	Art. 173	1
1993	1 año	Art. 173 (Inc. 3)	1
1999	1 año	Art. 173 (Inc.3)	1
3ª Sala Penal	Pena privativa de libertad	Violación sexual	casos
1994	2 años	Art. 173	1
1999	1 año	Art. 173 (Inc. 3 último párrafo)	1

Cuadro 23

juicio de delitos contra el sistema crediticio (art. 212), reconocimiento de hechos en la falsedad en juico (art. 409) y en el código de procedimientos penales, respecto a la confesión sincera (art. 136 del cpp).

¹⁸⁸ VÁSQUEZ VOYER, “La ley aplicable a los delitos de violación sexual en las tendencias de los índices delictivos”. Tesis para optar el grado de magíster en Ciencias Penales, UNMSM, Lima, 1993.

2. Presunta infracción del principio de legalidad:

Se afirma igualmente la violación del principio de legalidad al crear un sistema de atenuantes inexistente, cuando se impone al art. 173 la pena de otro delito (Art.175- seducción y Art. 179°-A prostitución). Nuevamente a ello cabe oponer que los supuestos de atenuación se hayan reconocidos de manera pacífica en la doctrina y al igual que lo ocurrido con la atenuante analógica de dilaciones indebidas (R.N. 4674-2005-Lima¹⁸⁹), los supuestos previstos en el fundamento 11 del Acuerdo 7-2007, se corresponden con causas de atenuación analógicas previstas en otras legislaciones.

- 1) Existencia de vínculo sentimental carente de impedimentos o tolerado socialmente, correspondiéndose con las de no tener la intención de causar un mal de tanta gravedad como el que produjo (Art. 26°. 13. C. p. de Honduras)
- 2) Aceptación voluntaria en la causa de las prácticas sexuales realizadas, que se vincula a las atenuantes analógicas de inexistencia en el proceso de otra prueba directa que la confesión del procesado. (Art. 26.9. C. p. de Honduras y Art. 29. 10. C.p. de Nicaragua)¹⁹⁰, así como la de que pudiendo eludir la acción de la justicia se haya presentado voluntariamente a la autoridad. (Art. 26.7. C. p. de Guatemala)¹⁹¹ y

¹⁸⁹ Vid. SÁNCHEZ MERCADO, La atenuante analógica de dilaciones indebidas en el derecho penal peruano, Jus Doctrina y Practica, Grijley, Mayo 5, 2008.

¹⁹⁰ La confesión del procesado, prestada en su primera declaración. (Art. 26.8. C. p. de Guatemala).

¹⁹¹ Denunciarse y confesar pudiendo fugarse u ocultándose. (Art. 29.9. C.p. de Nicaragua y Art. 46. 9°. C.p. de Uruguay). Confesar antes de conocer el procedimiento judicial. (Art. 21.4. C.p. de España).

colaborar eficazmente con las autoridades judiciales para esclarecer los hechos (Art. 46. 12. Código p. de Uruguay).

- 3) Diferencia etarea no excesiva, que se condice, si bien, no con una atenuante analógica, con un requisito exigido en Liechtenstein (Europa), donde se toleran las practicas sexuales desde los 14 años, siempre que entre la pareja no existe una diferencia mayor a los 3 años de edad¹⁹²
- 4) Costumbres y percepción cultural que postule las prácticas sexuales o de convivencia a temprana edad. Dicho supuesto puede considerarse una redundancia al estar ya previsto en el art. 15 del Código Penal bajo la forma de error cultural vencible, aunque si como estado de instrucción tan limitada que sea necesitara para apreciar en todo su valor el hecho imputado. (Art. 29. 15. C. p. de Nicaragua)¹⁹³.

3. En relación a la valorización del consentimiento,

También se ha señalado que una eximente basada en el consentimiento de personas de 16 a 18 años de edad, segmento del que

¹⁹² Ello guarda coherencia cuando se toma en cuenta que “cuando se tiene con un adulto es harto probable que haya un prevalimiento de su superior experiencia (...) y una instrumentalización del menor de edad”, BOIX REIG; ORTOS BERENGUER, “Consideraciones sobre: Los delitos de violación de la libertad sexual, proxenetismo y ofensas al pudor público en el Código penal peruano” en *Revista peruana de ciencias penales*. Año VII, VIII, Ed. Nº 11, Idemsa, Lima, setiembre, 2002, p. 155.

¹⁹³ La falta de ilustración, dada la naturaleza del delito, en cuanto haya influido en su ejecución. Art. 26. 9o. Código p. de Guatemala). La supina ignorancia del agente. Art. 66. 6. C. p. de Panamá).

excluye la tipicidad el Acuerdo, iría contra la *ratio legis* del art. 173.3, al cual no le interesaría el consentimiento para brindar una mejor protección, por lo que sólo actúa respecto a bienes disponibles, lo que no ocurriría pues el legislador habría negado la existencia de libertad sexual estando en un supuesto donde se daría validez a un consentimiento proscrito por la ley. Se olvida con ello que, siguiendo a QUERALT, la falta de consentimiento jurídicamente válido, “no es ni violencia ni intimidación”¹⁹⁴ y se desconoce, como señala ROXIN, que ya en una sentencia alemana, sobre el rapto de una enferma mental contando con su voluntad natural, se concluyó en que la irrelevancia jurídica de su voluntad, sólo autoriza a decir que hay una “falta de voluntad”; pero no a suponer una voluntad contraria; prohibiendo interpretar el elemento “contra la voluntad” equiparándolo a “sin consentimiento”¹⁹⁵.

Como respaldo a las críticas contra el Acuerdo, se recurre a la Consulta 2716-2007-Arequipa¹⁹⁶ en la cual, la Corte Suprema (Sala de Derecho Constitucional y Social), desaprobó dicha consulta respecto a la de la tesis planteada de inaplicación por inconstitucionalidad de la Ley 28704 que elevó la edad del consentimiento hasta los 18 años de edad, concluyendo de estos argumentos que en el Acuerdo 7-2007, se ejerció política criminal, antes que la función jurisdiccional, censurando el reconocer al consentimiento, no respetar los límites punitivos mínimos del art. 173.3, postulando al matrimonio previo como única causa de justificación del ejercicio sexual (art. 20.8 del CP), aún cuando reconoce el absurdo de condicionar la libertad sexual al previo matrimonio y el que en los actos contra el pudor, los mayores de 14 años pueden consentir tocamientos

¹⁹⁴ QUERALT, Derecho Penal español, Parte Especial, José María Bosch, Barcelona, 1996, p. 142.

¹⁹⁵ BGHst 23,3 citada por ROXIN, Derecho Penal, Parte General, Civitas, Madrid, T.I. 1997, p.151 n.m. 33 infra.

¹⁹⁶ Resolución consultada del Segundo Juzgado Mixto del Módulo Básico de Justicia de Mariano Melgar de fecha 17.09.2007

indebidos, pero no mantener relaciones sexuales (art. 176°-A CP). Oponiéndose a ello igualmente el que autores como CHINCHAY CASTILLO establezcan la posibilidad de excluir la tipicidad aplicando analógicamente como causa de justificación, por analogía, el consentimiento de los responsables legales del menor¹⁹⁷ o que en la justicia comparada se deseche el recurso al matrimonio por artificiosos dando cabida directa al valor del consentimiento natural (Juzgado Primero Penal del Circuito, Apartadó, (Antioquia) Colombia del 15.08.02).

Finalmente, ante la pregunta de ¿qué hacer cuando las familias están de acuerdo con la relación de convivencia o enamorados?, se postula el recurso al derecho premial (conclusión anticipada, confesión sincera, etc.), reconociendo la insuficiencia del mismo por estipular un mínimo de 25 años de edad como sanción.

b) Criticas de Chinchay Castillo.

Critica a la doctrina nacional el pretender recurrir a un “derecho a mantener relaciones sexuales”, señalando que “hasta que el Estado no consagre (...) [esos] derechos sexuales, podrán hablar de aspiraciones (...), pero no de derechos”¹⁹⁸, lo que es correcto. No se trata de construir un derecho de los adolescentes a mantener relaciones sexuales, por el contrario, el Estado tiene la obligación de desalentar la “sexualidad reproductiva adolescente” por sus riesgos para la vida de la propia madre y

¹⁹⁷ CHINCHAY CASTILLO, El paso del ser al deber ser como problema de evaluación de la pertinencia del art. 173.3 del código penal, pp. 8 y 10.

¹⁹⁸ CHINCHAY CASTILLO, El paso del ser al deber ser como problema de evaluación de la pertinencia del art. 173.3 del código penal, p. 4
<http://www.lozavalos.com.pe/alertainformativa/>

del concebido, la formación de sectores pobres al interrumpir su preparación profesional. De la misma forma, respecto a la “sexualidad distractiva adolescente”. El Estado busca paliar sus efectos con actividades para disminuir los riesgos de transmisión de enfermedades sexuales y los embarazos no deseados. Dicha labor se realiza tanto mediante la instrucción sexual de adolescentes para retardar la edad del inicio sexual voluntario y con campañas de salud sexual para que los adolescentes sexualmente activos disminuyan los riesgos para su salud.

De lo anterior se advierte un doble discurso estatal respecto a un mismo fenómeno, la sexualidad voluntaria adolescente, en el cual, por un lado, tras realizar investigaciones estadísticas, la reconoce como una realidad insoslayable, como se advierte del hecho de que le destine programas estatales educativo-preventivos, sistemas de atención médica del embarazo adolescente y campañas para el ejercicio responsable de su sexualidad y por el otro en forma aparentemente contradictoria, la desconocería mediante el recurso al derecho penal. Ante ello, la única forma de compatibilizar una unidad del tratamiento jurídico-estatal del fenómeno y la superposición de controles estatales, es una clara delimitación de cada forma de control estatal recurriendo al principio de subsidiariedad, para excluir del control penal los encuentros voluntarios y ajenos a todo indicio de abuso, supuestos a ser tratados por otros medios de control extra-penal, como viene ocurriendo y reservando al ámbito penal aquellos supuestos especialmente graves, superando así, por ejemplo, las contradicciones que tiene la actual doctrina, respecto al tratamiento del acto sexual consentido un día de cumplir la edad legal empleada como parámetro en la ley penal.

Si bien, es posible encontrar normas que reconocen relevancia al rol de los adolescentes respecto al juicio contra su pareja sentimental (enamorados y convivientes) y a expresar su oposición, como los de la

Convención del Niño, con el *derecho “a ser oídos”* en el juicio penal (Art. 12.1. “Garantizarán (...) el derecho de expresar su opinión (...) [en] asuntos que [le] afectan (...) en función de la edad y madurez (...) y el Art. 12.2.(...) oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial (...) que [lo] afecte (...) directamente”), así como el art. 45.3 del Código penal para tomar en cuenta su interés en mantenerse unida a su pareja sentimental, conservar el apoyo para la manutención conjunta de su eventual descendencia, así como mantener unida la familia que ha fundado y a cuya amplia protección el Estado se ha comprometido mediante el Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales del 1966¹⁹⁹ (Art.10.1), pudiendo añadir a ello que el “interese superior del niño” a que la intervención penal no le genere un desamparo al desintegrar la unidad familiar donde de otra forma se hubiera desarrollado.

La solución penal de excluir las relaciones sexuales consentías en una unión sentimental no implica por tanto reconocer un derecho a la sexualidad sino de la tolerancia. De la misma forma en que las reglas de la imputación objetiva, no recurren de forma directa a la existencia de un derecho.

Asimismo CHINCHAY CASTILLO reconoce que recurrir a una justificación para excluir las relaciones consentidas, no es adecuada, “pues lo ideal (...) [es] que ni siquiera llegue a ser típico”²⁰⁰. En sus palabras, “recurrir al matrimonio implica no tener mejor argumento”²⁰¹. Dicha falta de claridad en un tratamiento legal unitario dificulta la eficacia de los controles

¹⁹⁹ Aprobado por el Estado peruano, mediante D. Ley 22129 del 28.03.1978.

²⁰⁰ CHINCHAY CASTILLO, El paso del ser al deber ser como problema de evaluación de la pertinencia del art. 173.3 del código penal, p. 5, nota 4.

²⁰¹ CHINCHAY CASTILLO, El paso del ser al deber ser como problema de evaluación de la pertinencia del art. 173.3 del código penal, p. 5

extra penales (campañas medicas y educación sexual), siendo muestra de ello la Directiva 039-DG-INMP-06, que permitió la retención de las madres adolescentes en contra de su voluntad y en la legislación comparada, reconociendo el riesgo de disfunciones en la administración de justicia penal, excluir del riesgo de un proceso penal a los docentes que imparten cursos de educación sexual²⁰².

En el Perú se constatan fácticamente dos fenómenos. La “realidad innegable” de que el desarrollo físico y psíquico de los púberes los prepara y predispone para la actividad sexual que en sectores culturales rurales se acepta y promueve para la formación de una familia, mientras que en la cultura urbana, se relaciona con los signos de adultez, valentía e independencia²⁰³.

Para paliar los efectos de la Ley 28704 (15.04.2006), CHINCHAY CASTILLO propone el recurso a la analogía favorable, señalando que “(...) esta analogía (...) aplicable a (...) familias jóvenes (...) en zonas rurales, donde (...) forman hogares con plena aquiescencia de los padres de la menor (...), quienes incluso a veces prestan su vivienda para que la joven pareja resida allí”²⁰⁴. Para cuya construcción el tercio de comparación estará

²⁰² Código Penal Federal de México (14.08.1931), art. 201. (...) No se entenderá por corrupción de menores los programas preventivos, educativos o de cualquier índole que diseñen e impartan las instituciones públicas, privadas o sociales que tengan por objeto la educación sexual, educación sobre función reproductiva, la prevención de enfermedades de transmisión sexual y el embarazo de adolescentes, siempre que estén aprobados por la autoridad competente.

²⁰³ CHINCHAY CASTILLO, El paso del ser al deber ser como problema de evaluación de la pertinencia del art. 173.3 del código penal, p.6.

²⁰⁴ CHINCHAY CASTILLO, El paso del ser al deber ser como problema de evaluación de la pertinencia del art. 173.3 del código penal, p. 11

constituido por la existencia de permisión parental y la estabilidad de la unión conformada.

Si bien el matrimonio implica más que las meras relaciones sexuales, una vez realizado aquel, cede la existencia del bien jurídico indemnidad, que no se recupera con la separación de hecho o las relaciones extra maritales²⁰⁵, si no se desea retroceder a una moralización del derecho penal para instaurar una forma de vida.

No se trata de permitir los contactos sexuales con la simple constatación de la voluntad (discernimiento), el límite ha de tener como referente objetivo, las investigaciones estadísticas oficiales y la adecuación social, para evitar la imposición de una mera responsabilidad objetiva y caprichosa de la ley.

El recurso a la justificante del matrimonio, no es el único mecanismo para el exclusión de las relaciones sentimentales, ejemplos de aquello se encuentra en la jurisprudencia extranjera que ha recurrido a la inexistencia de un “abuso de superioridad”, en España²⁰⁶, la inexistencia de una finalidad típica, en Honduras²⁰⁷, valorar directamente el consentimiento, en

²⁰⁵ En contra CHINCHAY CASTILLO, El paso del ser al deber ser como problema de evaluación de la pertinencia del art. 173.3 del código penal, pp.8 y 11.

²⁰⁶ Tribunal Supremo español, Recurso de casación 2277/2003, Res. 4426/2004 del 24.06.2004

²⁰⁷ Evaluación de la reforma procesal penal desde una Perspectiva de género. Honduras, Centro de Estudios de Justicia de las Américas. CEJA. Informe Preliminar, Tegucigalpa, 2004, pag. 56-57.:http://cejamericas.org/doc/proyectos/informe_honduras.pdf

Colombia²⁰⁸, la propia analogía del consentimiento de las relaciones por parte de los padres, o la interpretación sistemática (Acuerdos plenarios 7-2007 y 4-2008)

Esta autonomía normativa se advierte de lo señalado por QUERALT, en el sentido de que la falta de consentimiento jurídicamente válido, “no es ni violencia ni intimidación”²⁰⁹ y como enseña ROXIN, ya en una oportunidad la justicia alemana, haya señalado que la irrelevancia jurídica de la voluntad, sólo autoriza a decir que hay una “falta de voluntad”; pero no a suponer una voluntad contraria, sin poder equiparar el elemento “contra la voluntad” con el de “sin consentimiento”²¹⁰.

1. Observaciones al Acuerdo Plenario

Se critica al Acuerdo, desconocer que según el art I del TP del Código Civil: «La ley se deroga sólo por otra ley. [...] La derogación se produce [...] cuando la materia de ésta es íntegramente regulada por aquélla», argumentando que si los textos de los arts. 175 [engaño] y 179º-A [prostitución], constituyen dos formas específicas de relación sexual con adolescentes de 14 a más años y datan de la ley 28251 del 2004, por tanto, anteriores a la Ley 28704 del 2006, que los habría derogado por estar comprendidos en la descripción genérica de la relación sexual, sin matices ni distinciones, del art. 173.3.

²⁰⁸ Juzgado Primero Penal del Circuito, Apartadó, (Antioquia) 15.08.2002, disponible en “El Principio de lesividad prima sobre la presunción del artículo 208º del Código Penal Colombiano”, disponible en: <http://www.juecesyfiscales.org/17.htm>

²⁰⁹ QUERALT, Derecho Penal español, Parte Especial, José María Bosch, Barcelona, 1996, p. 142.

²¹⁰ BGHst 23,3 citada por ROXIN, Derecho Penal, Parte General, Civitas, Madrid, T.I. 1997, p.151 n.m. 33 infra.

Asimismo señala que, el Acuerdo Plenario 7-2007 ya había comprobado que el mensaje de los arts. 175 (engaño) y 179-A (prostitución) era dejar fuera del ámbito de sanción penal bajo el antiguo texto del art. 173.3, las relaciones sexuales voluntarias sin indagar, en el Acuerdo, por que consideraba que bajo el nuevo texto si debían ser sancionados pero en forma atenuada. En sus palabras, de la remisión a los arts. 175 y 179-A la conclusión debió ser que la conducta sexual voluntaria en el art. 173.3 no debía acarrear punición y no una punición atenuada²¹¹, pues “la relación sexual con adolescente sin engaño (...) y (...) sin contraprestación económica no es delito”. Atacando de inconsecuente al Acuerdo, por partir de dos tipos penales de los que se deducían supuestos en los cuales no resultaba aplicable el art. 173.3, para establecer que era un delito con pena atenuada de los 14 a los 16 años.

No existe un derecho de los adolescentes a mantener relaciones y por ello es legítimo que el Estado los desaliente mediante mecanismos de control extra-penal. No se puede deducir de no castigar una conducta, algún derecho a realizar la conducta no castigada. El derecho penal no crea derechos. Si a partir de una edad de la pubertad, las relaciones sexuales voluntarias no se castigan, se basa en criterios convencionales y no bio-psicologicos, con parámetros que varían de país en país, desde los 12 años en Chile, España y Guatemala, entre otros, a los 21 años en Madagascar y Camerún, o a ninguna edad de no mediar matrimonio, en Arabia Saudita, Bahrein y Oman.

La Ley 28704 y su modificación del art. 173 del código penal representa el reto de una justicia penal que sea capaz de superar los casos

²¹¹ CHINCHAY CASTILLO, El paso del ser al deber ser como problema de evaluación de la pertinencia del art. 173.3 del Código penal, p. 14.

límite que se presenten ante una técnica legislativa penal basada en criterios cuantitativos y no cualitativos, es decir, forzó la creación de un sustento jurídico para excluir la tipicidad de los encuentros sexuales sentimentales voluntarios, en base la autonomía a funcional e interpretativa del derecho penal, sin que aquello constituya una inducción al inicio sexual precoz. La necesidad de una educación en valores; para que el ejercicio sexual se responsable, sin frustrar su proyecto de vida o la transmisión de enfermedades, se condice mejor con un control social que primigeniamente se inicia en la esfera familiar, la educación escolar, la salud pública, pues como señala acertadamente CASTILLO ALVA, con la ley 28704 “[se] pretende proteger a los jóvenes entre los 14 a 18 años (...) de las relaciones sexuales (...) con sus (...) parejas (...) [pero] se olvida que el Derecho penal no puede sustituir una adecuada educación sexual o la moral familiar, como tampoco (...) neutralizar el efecto (...) de los medios de comunicación en el tratamiento de la sexualidad o cambiar los condicionamientos culturales que promueven un aprendizaje sexual temprano”.²¹²

8.2.4. Acuerdo Plenario N° 4-2008 del 18.07.2008

La sexualidad entre adolescentes es una realidad que nuestro legislador penal siempre ha encontrado difícil de reconocer y regular. No obstante, la Corte Suprema ha dado un paso importante al reconocer que dicha realidad genera un problema para la justicia penal. Ello la criticar, en la Consulta N° 2716-2007 del 07.11.2007, fund. 09, que “[si] ambas personas son adolescentes estos se convertirán en “infractores” lo que supone que se verán involucrados en un proceso judicial ante un juzgado de familia”. Situación que degenero en que las madres adolescentes que se pretendía

²¹² CASTILLO ALVA, “la muerte de la sexualidad en los adolescentes. La ley 28704 y la irresponsabilidad del legislador”, en *Actualidad Jurídica*, T. 149, Gaceta Jurídica, Lima, 2006, p. 14.

proteger, terminaran siendo expuestas a riesgos para su vida y su salud al negarse a recibir atención médica, al haberse difundido que su embarazo era producto de un delito, llegándose a recoger testimonios en los que señalaban que *“Había escuchado sobre esta ley y sentí (...) miedo de que me quitaran a mi bebe. (...) me estaba preparando para tenerlo, para que tenga un buen cuidado. (...) no quería ir al hospital porque tenía miedo de que me lo quitaran cuando diera a luz (...) o que me mandaran a un internado (...) y allí ya no podía cuidarlo”*²¹³.

Con el Acuerdo Plenario N° 4-2008, se ha intentado superar los problemas generados por el incremento de la edad del consentimiento para el inicio sexual hasta los 18 años de edad (Ley 28704). Dicho cambio se había efectuado en contra de lo que las investigaciones empíricas señalaban respecto a nuestra realidad social y, como no podía ser de otra manera, los jueces asumieron una función integradora del derecho frente a los encuentros sexuales consentidos, transitando desde las declaraciones de penas suspendidas de 01 o 02 años, pasando por su inaplicación por control difuso de constitucionalidad, reducir la edad del consentimiento sexual a los 16 años de edad por interpretación sistemática (Acuerdo Plenario N° 07-2007), para finalmente concluir, con el Acuerdo Plenario N° 4-2008, en el mismo lugar en que todo empezó, **a los 14 años de edad**.

De esta corta experiencia de la legislación penal sexual, cabe rescatar el debate penal sobre la relación entre realidad y derecho penal, o dicho en otras palabras, entre las investigaciones empíricas sobre la edad del inicio sexual en el Perú (*el factum*) y la tipicidad del delito previsto en el art. 173.3 del Código Penal.

²¹³ “De la protección a la Amenaza”, Promsex, Lima, 2007, pp. 18-20 .

La edad del inicio sexual no puede ser reducida, sin ser superficial y no entender dicha problemática, a un tópico del error de prohibición cultural. La edad del inicio sexual depende de múltiples factores que hacen que varíe de acuerdo a los estratos económicos, geográficos y ciertamente, culturales, por ello cuando el legislador penal opta por establecer una edad determinada, es inevitable que escapen a ella casos concretos, por lo que siempre se ha de considerarse dicha decisión como promedia y por tanto arbitrar como se puede apreciar de la comparación la edad establecida en 14 años, con la edad inferior establecida en otros países²¹⁴.

En 1994 en una investigación de campo, auspiciada por la Comunidad Económica Europea, vinculada a la sexualidad en jóvenes de Lima Metropolitana se estableció que “el 26.5% de varones (...) inicia su actividad sexual antes de los 14 años”²¹⁵ y que el “20% de las jóvenes mujeres (...) inician su actividad sexual antes de los 14 años”²¹⁶, es decir, desde aquella época se reconocía la existencia de la sexualidad adolescente no reproductiva desde los 13 años de edad, resultado que se mantuvo el año 1998 cuando la Encuesta Nacional de Hogares- INEI- ENAHO 98-II Trimestre, cuadro 5, recabó información respecto al inicio sexual anterior a los 14 años de edad²¹⁷, la consistencia de estos resultados se ha visto confirmada, en fecha más cercana, con la investigación auspiciada por el Fondo Mundial, el año 2007, en relación a escolares de 06 ciudades (Lima, Callao, Ica, Chimbote, Pucallpa e Iquitos) y que fue recogida por el diario oficial El Peruano (sección Actualidad del 10.08.07), bajo el titular

²¹⁴ Chile, a los 12 años (Art. 362º C.p.); Venezuela a los 12 años (Art. 375º.1 C.p.); España a los 12 años (Art. 181º.2 Cp.); Guatemala a los 12 años (Art.173º Cp); Argentina a los 13 años (Art. 119º C.p.); Bolivia a los 13 años (Art. 308º C.p.). y Costa Rica a los 13 años (Art. 156º C.p.)

²¹⁵ Amor y sexualidad en tiempos del sida. Los Jóvenes de Lima Metropolitana, 1994, Lima, p.118.

²¹⁶ Ídem. p. 119.

²¹⁷ <http://64.76.93.135/biblioineipub/bancopub/Est/Lib0078/S03-1.htm>

“Adolescentes peruanos se inician sexualmente a los 13. Empero, aumenta el rango de menores que lo hacen desde los 11 años”²¹⁸.

De esta forma se advierte que el reto de la justicia en materia sexual, estriba en poder compatibilizar la realidad social con la norma penal. Ya sea para determinar que en una relación de enamorados, ambos adolescentes deban ser sometidos a un procedimiento como menores infractores de la ley penal sexual y ser reclusos en reformatorios o que, el caso de mediar la intervención de una persona de 18 años, deba ser sancionada o por el contrario establecer los criterios para que dicha realidad pueda ser reconocida, bajo determinados requisitos, en el ámbito de las infracciones a la ley penal sexual o a la ley penal (Art. 173.3).

La situación se complica si la pareja de enamorados o convivientes esperan descendencia, lo que incluso generó la aberración de que las primeras reacciones de los centros médicos que atendían el parto era detener a las adolescentes, bajo el entendimiento que estaban ante un delito y en la obligación de poner los hechos en conocimiento de las autoridades, lo que obligó al Ministerio de Salud, el 29.12.06 a remitir una carta al Instituto Materno Perinatal señalando que aquello no debía realizarse (Informe N° 1181-2006-OGAJ/MINSA)²¹⁹, todo ello ocasiono que las adolescentes gestantes prefieran abstenerse de recibir atención médica para evitar problemas legales a su parejas, sin dejar de lado la problemática de si la descendencia procreada conserva el legítimo derecho de crecer dentro de un hogar conformado por sus progenitores

²¹⁸ <http://www.elperuano.com.pe/edc/2007/08/10/act4.asp>

²¹⁹ Vid. De la protección a la amenaza, Promsex, Lima, 2007, p. 19.

El Acuerdo Plenario N°4-2008, no se yergue como una solución definitiva para todos los casos del segmento comprendidos por debajo de los 14 años de edad, graficados por el investigación del Fondo Mundial. Hubiera sido deseable desterrar el empleo de un “criterio cuantitativo” o el calculo “calendarizado” de la edad para el consentimiento y establecer un sistema que valore directamente aquel, resultando pertinente, en este sentido, lo sostenido por el Tribunal Constitucional, en cuanto a lo incorrecto de basarse más en “criterios cuantitativos que en aspectos cualitativos (...) permitiendo calificar de manera indebida los criterio cuantitativos como supuestos jurídicamente infalibles, lo que es manifiestamente arbitrario” (STC 728-2008-PHC, f.17)

A nuestro entender, una solución integral del tema del consentimiento sexual pasa por el análisis de la cooperación de la pareja adolescente y el desarrollo de la categoría de la “autoresponsabilidad” estableciendo una relación entre su colaboración (causa) y la ausencia de tipicidad en la conducta de su pareja sentimental (consecuencia).

La explicación de dicha atipicidad radica en el rol desplegado. La adolescente que ejerciendo el rol de enamorada o conviviente, ejerce una participación en los hechos de tal entidad que llega a un nivel que pueda generar un conflicto entre el interés en la persecución penal y el interés en conservar la unidad familiar o sentimental, lo que trae como consecuencia que la conducta, en dicho contexto, no llegue a cumplir con las exigencias el principio de subsidiariedad, reservado para los especialmente intolerables y a su vez, generando que la posible persecución penal entre e en conflicto con los principios de “proporcionalidad”, “racionalidad” y “necesidad de pena”, lo que permite transitar de una tipicidad basada en una lectura litero-gramatical a una atipicidad por un análisis cualitativo del aporte de la pareja a la realización de los hechos.

El tránsito anteriormente descrito no es mecánico y depender del caso concreto, es decir, requiere analizar el consentimiento y la capacidad natural de quien lo manifiesta, permitiendo al órgano de juicio y de persecución solucionar aquellos casos donde concurre el consentimiento, procreación de hijos y formación de un hogar, pero, con un mayor nivel de generalización ha de hallar su respuesta en el nivel de participación de la mujer, exteriorizada en su declaración de voluntad favorable, su pre-disposición a la convivencia y al cuidado mutuo de su descendencia. Este nivel de colaboración hace que el encuentro sexual deje de ser visto como cosa sólo del hombre sino que es también asunto de la mujer.

Dicho con otras palabras, el nivel de participación - de autoresponsabilidad- es el que genera la atipicidad siempre y cuando, si al suprimir mentalmente el consentimiento de la menor el hecho no se habría realizado (*teoría de la codicio sine qua non*). La pareja así es concebida como autoresponsable y debe asumir las consecuencias de su acto, lo que generalmente realiza al decidirse también libremente formar un hogar y criar a sus hijos.

Al no superar el nivel de gravedad que exige la subsidiariedad, cede frente a otras formas de control social (*fragmentariedad*), tales como el derecho civil (prestación de alimentos, reconocimiento de paternidad, matrimonio, etc); educación sexual y de salud pública (acceso a los medios anticonceptivos y atención medica del embarazo), etc,

Se podrá objetar a este planteamiento el que la voluntad de los menores así sea una realidad no tiene efectos jurídicos y sin embargo ello no es exacto. El código del niño y adolescente les reconoce capacidad de

responsabilidad al hacerlos responder como autores de infracciones a la ley penal sexual. El ordenamiento jurídico no es indiferente ante la “*voluntad del menor*” ni a su “capacidad de responsabilidad” por la comisión de actos antisociales como el homicidio o la violación sexual, cuya consecuencia es su internamiento en albergues. No es coherente que el ordenamiento jurídico reconozca su voluntad y capacidad para actos de infracción de las leyes penales y no para valorar su consentimiento en una relación de enamorados o convivientes.

En la actualidad se recurre a la autoresponsabilidad de los adolescentes como base para declarar la atipicidad de su encuentros sexuales cuando los involucrados poseen la misma edad, de lo que se advierte que en realidad de los que se trata en el fondo de la existencia de un elemento normativo medular a la tipicidad, “el abuso de superioridad”. Una conclusión opuesta llevaría al suplicio de sanciona siempre estos encuentros e internar a dichos enamorados o convivientes. La Corte Suprema ha reconocido el problema (Consulta N° 2716-2007 del 07.11.2007, fund. 09), criticando que “[*si*] *ambas personas son adolescentes estos se convertirán en “infractores” lo que supone que se verán involucrados en un proceso judicial ante un juzgado de familia*”, pero se equivoca al sostener que la solución pasa necesariamente por modificar las leyes civiles y penales.

La atipicidad bien puede deducirse del rol de la pareja (enamorados o convivientes). El artículo 173º.3 sanciona la relación carnal con menor de 18 años con penas de 25 a 30 años y el Acuerdo Plenario 4-2008, reduce esta edad a los 14 años. Pero la edad en que se valora penalmente el consentimiento sexual, es un límite cuantitativo, que no recibe una valoración uniforme. Se acepta la autorresponsabilidad a los 14 años para

prostituirse (artículo 179-A^o)²²⁰ y civilmente a los 16 años o incluso a los 14 cuando ha nacido su hijo (artículo 46) sin percatarse que en este último caso, implica que el acto sexual se mantuvo necesariamente antes de dicha edad de 14 años, es decir “su incapacidad absoluta (...) cesa (...) sólo cuando el hecho punible ya ha sucedido”²²¹.

Reconocer la realidad de los encuentros sexuales adolescentes no implica su fomento. Investigaciones médicas lo vinculan al riesgo de aborto y enfermedades²²² y, en lo económico, interrumpen su formación profesional y genera gastos al Estado²²³ como los asumidos en 1999 al emplear fondos del entonces Seguro Escolar Gratuito para atender embarazos escolares²²⁴, gastos que se incrementan al asumir el pago de fiscales, secretarios, jueces, vocales, etc., para procesar una relación sentimental que termina con imposición de penas suspendidas condicionalmente de uno o dos años.

²²⁰ Así se lee que “especialmente relevante es el reconocimiento, implícito o explícito (...) de que en (...) los delitos relativos a la prostitución se otorga relevancia punitiva al ejercicio de la libertad por menores”, DÍEZ RIPOLLÉS, “El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual” en *Derecho penal y discriminación de la mujer. Anuario de Derecho penal 1999-2000*, PUCP, Lima, 2001, pp. 64, 66 nota 61 y 71.

²²¹ Corte Suprema, Consulta N° 2716-2007 del 07.11.2007, fund. 27.

²²² “El embarazo (...) adolescente conlleva (...) riesgos para su salud y su bienestar psico-socio-económico. Cuando (...) tienen acceso a información y servicios (...) están dispuestos a retrasar la edad de inicio sexual”, BLITCHTEIN-WINICKI y otros, “Percepción y comportamientos de riesgo de ITS/VIH, en mujeres adolescentes inscritas para obtener su libreta militar en Lima y Callao 2001”, en *Anales de la Facultad de Medicina*, Vol. 63, N° 4, UNMSM, Lima, 2002, p. 259.

²²³ En una investigación con recién nacidos de madres de 11 a 19 años se determinó que entre 1992-1996 se atendió 13,392 nacimientos, de ellos 2,550 de madres adolescentes, representando una frecuencia de 19,04%, LICONA RENDÁN; HUANCO APAZA, “Riesgos en el recién nacido de madre adolescente en el Hospital Hipólito Unanue de Tacna” en *Revista Diagnóstico*, Vol. 39, N° 1, Enero-Febrero, Lima, 2000.

²²⁴ Ver el artículo “El Fenómeno del ñaño. El seguro escolar gratuito alumbró esta semana un problema embarazoso: la maternidad precoz. ¿Cómo atender ahora este parto?”, en *Revista Caretas*, N° 1558, Lima, 1999.

Desde la óptica político-criminal, es reprochable que la norma induzca a los abogados a presentar una condición sentimental como actos de prostitución para aprovechar su menor penalidad de 04 a 06 años (art. 179-Aº) a fin de soslayar las de 25 a 30 años (Art. 173.3).

El profesor español Muñoz Conde, manifestó que *“en esta materia casi nada es seguro y la mayoría de las afirmaciones se basan en el sentimiento, en la propia experiencia personal y otros datos difíciles de explicar y comprender racionalmente”*²²⁵, por lo que se advierte que la problemática no es exclusivamente de nuestra justicia y que esta en las manos de los jueces haya la mejor solución que compatibilice el binomio ley-realidad.

8.3. Principios vinculados al análisis

a) El principio de proporcionalidad penal

La idea de la proporción, es la de una relación entre dos cantidades, siendo esta idea una característica de la pena, que implica que el Estado actúa proporcionalmente. Dicho en otras palabras la pena es proporcional a la culpabilidad y sin embargo no deja de lado otros factores influyentes.

²²⁵ MUÑOZ CONDE, Derecho Penal. Parte especial, Tirant lo Blanch, Madrid, 1996, p. 384

Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia
R.N. 351-2005, Cajamarca

Quinto: (...) [en] la imposición de la sanción (...) debe darse mayor énfasis al principio de proporcionalidad (...) la correspondencia (...) entre la acción y el daño (...) las tendencias del principio del Estado de Derecho tienen que conciliarse con las exigencias de un Estado social, (...) el derecho penal tiene una tarea social frente al delincuente (...) [que] tiene que estar presente en la misma medida que la prevención general; (...) más allá de la teoría se debe tomar la decisión de aplicarla en nuestro medio y así sembrar la semilla que en un futuro se perfeccionara con la ayuda del sistema e incidir en que soluciones como ésta abren el camino a una política criminal humana en el presente y el futuro.

Asimismo, la forma como interviene la idea de proporción en el derecho penal genera cierta confusión terminológica, pues se trata de determinar si el sacrificio de determinados intereses individuales que significa la injerencia penal, guarda una relación razonable (proporcionada) con la importancia del interés perseguido. Para dar una respuesta resulta aplicable lo dicho por el Tribunal Constitucional (STC 12-2006-AI/TC)²²⁶, respecto al examen de los requisitos de la proporcionalidad²²⁷ o en otras palabras, para tildar una norma de desproporcionada, respecto a la cual la STC 45-2004-AI ha señalado que para este análisis se ha de seguir un orden, en el cual primero, se ha de examinar la idoneidad de la intervención; si en ella se determina que la medida no es idónea, no corresponderá ya examinar la necesidad de la medida y finalmente el examen de proporcionalidad estricta (ponderación).

²²⁶ <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00012-2006-AI.html>

²²⁷ Vid. LOPERA MESA. Principio de proporcionalidad y ley penal. Bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales. Centro de Estudios Políticos y constitucionales, Madrid, 2006.

En este sentido el principio de proporcionalidad lata estaría descrita de la siguiente forma²²⁸:

1. El principio de idoneidad
2. El principio de necesidad
 - a). Exclusiva protección de bienes jurídicos
 - b). Intervención mínima
 - 1.1. Ultima ratio
 - 1.2. Fragmentariedad
3. Proporcionalidad en estricto

1. Examen de idoneidad.

O de eficacia de la norma penal, o de adecuación, exige identificar el fin relevante del que la norma se deriva y verificar si las medidas tomadas por la norma son idóneas (adecuadas o aptas) para conseguirlo. Actualmente se demanda una protección más eficaz de la sociedad. La norma penal, en este sentido, debe ser congruente con el fin perseguido y facilitar obtener con éxito el resultado buscado y por lo tanto obliga al legislador penal a un estudio atento de los efectos socialmente útiles que se esperen de la pena, y abstenerse de establecerla si tras estudios de derecho

²²⁸ PRAT WESTERLINDH, Las consecuencias Jurídicas del Delito, en Cuadernos Luis Jiménez de Asua, Nº 16, Dykinson, Sevilla, 2003, p. 33.

comparado o métodos de prognosis sociológicos no están probados o son altamente probables dichos efectos para obtener el fin perseguido²²⁹.

2. Examen de necesidad.

Según aquel, la pena sólo debe imponerse cuando hace falta para el cumplimiento de un fin. También denominado de “intervención mínima”, implica que para establecer que una norma penal es necesaria, no debe existir otro medio alternativo con el mismo nivel de idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que a su vez sea más benigna en sus efectos. Para ello se ha de analizar si la idoneidad es equivalente o mayor en el medio alternativo no empleado, y, de otro lado, cuan menor es el grado en que este afectaría los intereses ciudadanos.

A su vez constituye un sub principio de la prohibición de exceso y obliga al Estado a comparar todas las medidas que puede adoptar y que sean por igual, suficientemente aptas para satisfacer el fin perseguido, eligiendo la menos lesiva a los intereses ciudadanos.

La necesidad penal ser concreta en la exclusiva protección de bienes jurídicos y en la intervención mínima, esta última que se bifurca en los de última ratio y en el de fragmentariedad, ampliamente desarrollados por la doctrina.

²²⁹ GONZALES ZORRILLA, Legislación simbólica y derecho penal: la penalización del consumo de drogas, en Jueces por la Democracia, N° 14, España, 1991, pp. 22-26.

3. Examen de proporcionalidad en sentido estricto.

Es un sub principio también conocido con el nombre de ponderación. Con el se establece si una medida es legítima su el nivel en que se realiza la finalidad perseguida es a lo menos equivalente al grado en que se afecta otro derecho, coincidiendo con los postulados que exigen la proporción entre dos pesos o medidas:

- 1) El que se encuentra en la realización del fin de la norma que limita un derecho; y,
- 2) Aquella que se encuentra en la afectación del derecho de que se trate, de modo que el peso de la realización del primero deba ser, por lo menos, equivalente a la segunda.

b) El principio de razonabilidad

La pena no puede ser arbitraria o caprichosa. La razonabilidad se integra en el principio de proporcionalidad. Es uno de los presupuestos de este, lo específico del principio de razonabilidad está comprendido como un presupuesto del principio de proporcionalidad (STC 45-2004-AI/TC) y se hallaría previsto en el artículo 200° de la Constitución y es de aplicación a todo el derecho. (STC 6-2003-AI/TC fund. 8)

El principio de razonabilidad implica encontrar justificación lógica en los hechos, conductas y circunstancias que motivan el acto discrecional del

Estado y tiene más relevancia cuando se trata de restringir derechos (STC 6-2003-AI/TC fund. 9). En lo penal DIEZ RIPOLLES, señala que se inspiró precisamente, en el derecho penal sexual, para indagar acerca de la racionalidad de las normas²³⁰, enseñando que racional es la capacidad de la legislación de interactuar con los datos de la realidad que es regulada, es decir que la legislación tienda a los datos relevantes de la realidad social y jurídica²³¹, y, desde el nivel de racionalidad pragmática, implica, a decir de VOGEL, que este vinculada a la idea de subsidiariedad y carácter de ultima ratio²³².

c) El principio de culpabilidad

El principio de culpabilidad no se encuentra reconocido expresamente en la Constitución pero si en forma tácita en el artículo 2º, inciso 24, acápite e. Este principio limita la potestad punitiva del Estado. La culpabilidad encuentra su núcleo en la posibilidad de haber actuado de otra manera en el caso concreto. (6712-2005-HC/TC, fund. 20). *A la culpabilidad se le asigna tres significados:*

Primero, es fundamento de la pena y exige una serie de elementos (capacidad de culpabilidad, conocimiento de la antijuricidad, exigibilidad de la conducta) del concepto dogmático de culpabilidad.

²³⁰ DIEZ RIPOLLES, La racionalidad de las leyes penales, Practica y teoría, Trotta, 2003, Madrid, p. 11.

²³¹ DIEZ RIPOLLES, op. Cit. p. 86.

²³² DIEZ RIPOLLES, op. Cit. p. 91.

Segundo, la culpabilidad es un elemento para medir la pena, del cómo, su gravedad y duración; en otras palabras la magnitud exacta de una pena cuya imposición ha sido ya fundamentada. La culpabilidad también tiene una función limitadora e impide que la pena pueda ser impuesta por debajo o por encima de los límites impuestos por la idea de la culpabilidad, fines preventivos, etc. Finalmente, es una garantía contra la responsabilidad por el resultado, o responsabilidad objetiva.

IX. Propuestas para mejorar la funcionalidad, eficiencia y eficacia del sistema penal

En principio, por ser un factor distorsionador, debe soslayarse el uso del término de “violación presunta”²³³ y usarse el de “*delitos sexuales con abuso de superioridad*”, concentrando los esfuerzos en determinar la presencia o ausencia del elemento “abuso”, lo que sería más acorde con el hecho de que los encuentros entre jóvenes de la misma edad no constituyen actos antisociales, en terminología del código del niño y adolescente, pues en estos casos se alternan al mismo tiempo los roles de autor-victima, resultando extraño a ellos el calificativo de abusos sexuales.

Como se habrá apreciado existen actos sexuales que deben ser ubicados extramuros del derecho penal y cuyo enjuiciamiento de cara a la imposición de periodos de prueba resultan siendo un desvío de valiosas

²³³ Recurren a dicha terminología, la Sala penal “C”, Exp. N° 1131-98, Lambayeque, (11/jun/98). “[si] la (...) agraviada (...) contribuyo (...) [se] condena (...) por el delito de violación sexual presunta”. FRISANCHO APARICIO, *Jurisprudencia penal, Ejecutorias Supremas y Superiores 1998-2001*, Juristas, Lima, 2002, pp. 366-367; Res. N° 0458-2003 (07/jul/03), “El (...) consentimiento (...) resulta irrelevante (...) [para] la figura de violación presunta”. GACETA JURÍDICA, *Dialogo con la Jurisprudencia*, Año 11, N° 85, Octubre 2005, Lima, p. 191.

energías y recursos que deberían destinarse a persecución y sanción de los actos violetos. Se proponen a continuación algunas opciones de corto y mediano plazo:

9.1) De aplicación inmediata

Partiendo de una base en los derechos humanos, la “*Convención sobre los derechos del niño*”, ratificada por el Perú en 1990, obliga a los jueces a consultar a la mujer si el acto sexual, materia de juicio, se llevo acabo bajo su consentimiento y colaboración, dejando constancia expresa de aquello²³⁴. Esto es posible de cara a que la Convención considera niño a la persona menor de 18 años de edad (art. 1º), otorgándole el “*derecho a ser oído en un juicio penal*”²³⁵. De la misma forma, se pude llegar a idéntico resultado si se parte de respetar el derecho constitucional a la defensa que ampara a su pareja (139º.14), concordando aquello con los arts. 45º y 46º del Código penal, y el art. 300º del Código de procedimientos penales para soslayar el margen de pena optando por suspenderlas condicionalmente.

²³⁴ “El uso de preguntas directivas, sugestivas, conductivas, etc., por (...) [es] conculcante del Art. 12º del Convención Sobre los Derechos del Niño (...) lo que debemos de tener en cuenta son “las opiniones del niño” y no las sobre interpretaciones (...)” GREGORIO BUSTAMANTE, *Abuso sexual infantil: Denuncias falsas y erróneas*, Omar Favale, Buenos Aires, 2004, p. 133.

²³⁵ Convención, art. 12º. 1. “garantizarán al niño (...) expresar su opinión libremente (...), teniéndose (...) en cuenta (...) [sus] opiniones (...), en función de la edad y madurez. 2. (...) se [le] dará (...) [la] oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial (...) que [lo] afecte (...) directamente”.

9.2) A mediano y largo plazo

Primero: Debe admitirse de manera expresa como causa de atipicidad el consentimiento natural bajo los argumentos de la proporcionalidad y la ausencia de lesión al contenido del bien jurídico “indemnidad sexual”.

Segundo: Debe reconocerse una diferente tipificación²³⁶ entre los actos sexuales violentos de aquellos consentidos²³⁷, equiparando la “*capacidad natural*” a la “*capacidad normativa*”²³⁸, recurriendo a pericias antropológicas, siquiátricas o psicológicas²³⁹, dejando de *lege ferenda*, el sistema de presunciones *iue et de iure* de incapacidad²⁴⁰ y los plazos contabilizados cronológicamente²⁴¹. Esta opción es recogida en Albania, Ucrania y Rusia, en cuya legislación la capacidad sexual se declara por medios científico-técnicos, a través de un “médico o especialista forense examinador”²⁴². En otro sendero que también confluye en la atipicidad se ha de ubicar en la legislación de Liechtenstein (Europa), donde los actos son tolerados desde

²³⁶ En el Perú la consideran irrelevante, CHOCANO RODRÍGUEZ, “La violación sexual y los actos contra el pudor de menores”, *Op. cit.*, p. 763, PEÑA CABRERA, Alonso, *Delitos contra la libertad sexual*, Guerreros, Lima, 2002, p. 86.

²³⁷ Coincide ORTS BERENGUER en postular un trato diferenciado, *Delitos contra la libertad sexual*. Tirant lo Blanch, España, 1995, p. 119.

²³⁸ En contra, CHOCANO RODRÍGUEZ, La violación sexual y los actos contra el pudor de menores” en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Nº 4, Grijley, Lima, Julio-Diciembre, 1994, p. 763.

²³⁹ RODRÍGUEZ DEVESA; SERRANO GÓMEZ, crítica que “la ley se atenga a la edad prescindiendo del desarrollo físico y moral”, *Derecho penal español. Parte especial*, Madrid, Dykinson, 1994, p. 182.

²⁴⁰ Postula su reemplazo, HERNÁNDEZ GALLEGOS, “Abusos sexuales” en *Estudios sobre el Código penal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996. p. 39.

²⁴¹ RODRÍGUEZ; COBOS; SÁNCHEZ; “*Derecho penal. Parte especial I*”, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1997, p. 168 *infra*. ORTS BERENGUER también sostiene que “el Tribunal ha de limitarse a la comprobación de la edad cronológica”, *Delitos contra la libertad sexual*, Tirant lo Blanch, España, 1995; p. 117-119.

²⁴² INTERPOL, Legislación sobre ofensas sexuales a menores, *loc. cit.*

los 14 años siempre y cuando con su pareja sexual no exista una diferencia de más de 3 años, mientras que en Francia²⁴³ e Italia se recurre a la expresión “edad inmadura”²⁴⁴ y en España al “abuso de superioridad”. En el Ecuador se afirma que “no constituye un acto punible cuando existe mutuo consentimiento”²⁴⁵.

9.3.) Usos de otros medios de control social

La capacidad de decisión depende del entorno cultural²⁴⁶, de los patrones socio-culturales²⁴⁷, como los que se manifiestan en micro culturas como la de los pueblos jóvenes y los niños expósitos, etc, se vincula al nivel de pobreza²⁴⁸ y de educación deficiente, etc.²⁴⁹ Ello se explica por qué para

²⁴³ El código francés lo admite en los arts. 225-12-1 y 227-25 del C.p.

²⁴⁴ En Italia se admite como concepto limitador el de “edad inmadura”, determinado por los tribunales”. RODRÍGUEZ DEVESA; SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, Dykinson, Madrid, 1994, p. 182.

²⁴⁵ INTERPOL, *loc. cit.*

²⁴⁶ “La sexualidad como función (...) social (...) está regulada (...) por el entorno cultura”. R.N. Nº 2584-2002-Amazonas. GACETA JURIDICA, *Dialogo con la Jurisprudencia*, año 11, Nº 93, Lima, junio 2006, pp. 199-200.

²⁴⁷ “se ha afirmado que el nivel cultural de un individuo está en conexión con el proceso de evolución sexual” RODRÍGUEZ DEVESA; SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, Madrid, Dykinson, 1994, p. 169.

²⁴⁸ La ONG Manuela Ramos informaba que “en lugares con importantes niveles de pobreza (...) la salud sexual y al reproductiva adolescente (...) revelan las brechas y al exclusión con relación al acceso a la educación, información y servicios de salud”: <http://www.manuela.org.pe/28Mayo/cifras.htm> y que “entre las (...) causas de la explotación sexual infantil (...) [se halla] la precariedad económica que lleva a “trabajar en lo que sea” como sobrevivencia, (...) la falta de voluntad política para atender el problema”, en “*Abuso y explotación sexual infantil*”, EDUCA, Fundación Telefónica: http://www.educared.edu.pe/pro_art_16.asp.

²⁴⁹ Lo relaciona a la ingesta de bebidas alcohólicas, especialmente de más de una vez a la semana, BLITCHTEIN-WINICKI, “Percepción y comportamientos de riesgo de ITS/VIH,

la mengua de la edad del inicio sexual, no resulta un criterio eficaz el nivel de penalidad amenaza, siendo necesario identificar las verdaderas variables²⁵⁰ que afectan a dicha decisión, que en ocasiones pasan desapercibidas²⁵¹, permitiendo elaborar una “política sexual eficaz”, antes que una huida al derecho penal.

9.4.) Características de las adolescentes embarazadas

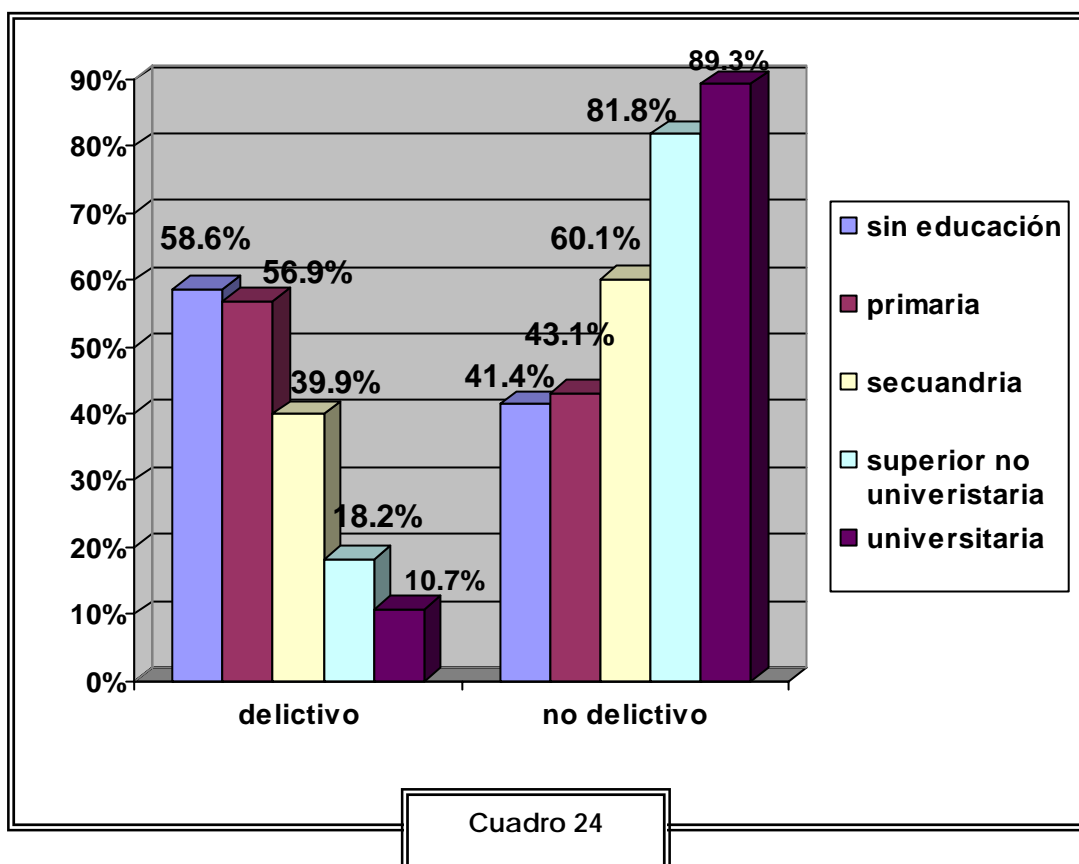
1) Nivel de educación

Las políticas educativas canalizadas por el Ministerio de Educación deben brindar una mejor calidad de la misma, y no sólo brindarla, centrándose en evitar la deserción escolar, pues se ha detectado una relación directamente proporcional entre el nivel de educación y el inicio sexual precoz aparentemente ocasionado en las mejores perspectivas que la educación le genera a futuro postergando el inicio de su actividad sexual.

en mujeres adolescentes inscritas para obtener su libreta militar en Lima y Callao 2001”, en *Anales de la Facultad de Medicina*, Vol. UNMSM, 2002, p. 262.

²⁵⁰ Ya en Nicaragua inicio dicha empresa el año 2005, REYES TURCIOS, en su tesis titulada, *Factores que predisponen la ocurrencia de embarazos en adolescentes. Colonia Flor del Campo. Comayaguela. Honduras.:* http://www.minsa.gob.ni/bns/tesis_sp/68.pdf

²⁵¹ Esto se advierte de “la tolerancia hacia (...) mensajes mediáticos teñidos de contenidos sexuales, la aceptación de campañas reductoras de daños en el ámbito de la sexualidad de menores de 18 años (...) la generalizada aceptación del aprendizaje sexual de menores entre sí, las campañas de educación sexual (...) avalan al idea de que la sociedad admite una confrontación de los menores (...) con la sexualidad (...) en ciertas condiciones”, DÍEZ RIPOLLÉS, “El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual” en *Derecho penal y discriminación de la mujer. Anuario de Derecho penal 1999-2000*, Op. Cit., p. 69, nota 64.



2) Salud de las mujeres

Otro de los mecanismos para evitar los efectos no deseados de las relaciones sexuales precoces, va de la mano de la protección contra embarazos no planificados²⁵². Al respecto se ha detectado que muchas mujeres, sobre todo en provincia, se informan de los temas sexuales, a través de amigos o la radio, y en menor proporción por el colegio o las

²⁵² Denuncia falta de información en los jóvenes al tomar sus decisiones sexuales. CHIRINOS y otros, "Perfil de las estudiantes adolescentes sexualmente activas en colegios secundarios de Lima", en *Revista Medica Herediana*, 10 (1), UPCH, Lima, 1999, p. 50

postas de salud (Informe de CONAJU 2004). Esta circunstancia por obvias razones debe modificarse y dictarse educación sexual desde la edad en que las estadísticas señalen que se inician sexualmente., para ello ha de recurrirse a acciones conjuntas entre:

1) El Ministerio de Salud, A través del programa de Estrategia Sanitaria Nacional de Salud Sexual y Reproductiva²⁵³.

2) El Ministerio de Trabajo y Promoción social, que desde 1999 lleva adelante el Programa de Salud Sexual Reproductiva para adolescentes integrantes del programa PROJOVEN.

3) El Ministerio de la Mujer (PROMUDEH), por intermedio del Programa de Salud Sexual y Reproductiva para la red de líderes adolescentes.

4) El Ministerio de Educación a través del programa de promoción de la salud en las instituciones educativas²⁵⁴.

²⁵³ Los embarazos no planificados (ENP) y las enfermedades transmitidas sexualmente (ETS) al ocasionar estigmas sociales constituyen una barrera para que los jóvenes busquen el cuidado de su salud sexual. CHIRINOS y otros, “Perfil de las estudiantes adolescentes sexualmente activas en colegios secundarios de Lima”, *Op. cit.*, p. 51. Sobre el acceso a preservativos, el 36.2% lo considero difícil, 6.4% nunca intento conseguirlos, 2.1% no tenía dinero y sólo el 1.1 % lo considero de fácil acceso al ir a una posta medica y tomar una consulta. Por su parte en lo referido a la atención que recibió en caso de enfermedad sexual, el 1.1% recurrió a un curandero y el 1.1% no buscó ningún tipo de atención”, BLITCHTEIN-WINICKI, “Percepción y comportamientos de riesgo de ITS/VIH, en mujeres adolescentes inscritas para obtener su libreta militar en Lima y Callao 2001”, en *Anales de la Facultad de Medicina*, Vol. UNMSM, 2002, pp. 261- 262. Estudios recientes demostrarían que el EA (embarazo en la adolescente) con apoyo psicosocial y control prenatal no se distingue biológicamente del de la mujer adulta, siendo la mortalidad neonatal precoz, consecuencia de inadecuados controles prenatales y factores socio-económicos. LICONA RENDÁN; HUANCO APAZA, “Riesgos en el recién nacido de madre adolescente en el Hospital Hipólito Unanue de Tacna” en *Revista Diagnostico*, Vol. 39, Nº 1, Ene–Febr. 2000: <http://www.fihu-diagnostico.org.pe/revista/numeros/2000/enefeb00/35-40.html>.

La necesidad de una acción conjunta se ha manifestado al observar el número de atenciones médicas por partos y embarazos, a jóvenes en edad escolar, cubiertas por el Seguro Escolar Gratuito, fin para el que no se lo predestino²⁵⁵.

²⁵⁴ Existiría un vínculo entre el inicio sexual y el factor educativo, al asociarse a la incidencia de “repitencia de grado” a la actividad sexual”, y un “alto nivel de educación” con el “grado de comunicación y de transmisión de conocimiento sexual hacia los hijos especialmente dirigidos a retardar el inicio sexual”, CHIRINOS y otros, “Perfil de las estudiantes adolescentes sexualmente activas en colegios secundarios de Lima”, en *Revista Médica Herediana*, 10 (1), UPCH, Lima, 1999, pp. 54 y 58.

²⁵⁵ Revista Caretas, N° 1558, 1999: disponible en: <http://www.caretas.com.pe/1999/1558/escolar/escolar.htm>

Seguro Escolar Gratuito Atención de Partos y Embarazos por Región en 1998			
Región	Partos	Atenciones	Atendidos
Norte	138	434	387
Region de salud de la Libertad	47	141	128
Dirección de salud Tumbes	17	25	20
Dirección de salud Luciano Castillo Coloma	7	42	40
Dirección de salud Piura	4	16	16
Dirección de salud I Jaén	8	71	62
Dirección de salud II Chota	4	5	5
Dirección de salud VI Cutervo	0	7	7
Dirección de salud II Lambayeque	5	45	43
Dirección de salud Cajamarca	39	43	37
Dirección de salud V Chachapoyas	7	39	34
Sur	87	229	194
Dirección de salud Arequipa	10	37	27
Dirección de salud Tacna	15	38	36
Dirección de salud Moquegua	18	44	35
Dirección de salud Puno	11	22	19
Dirección de salud Cusco	33	33	77
Centro Este	168	344	287
Dirección de salud Junin	106	191	156
Dirección de salud Pasco	11	19	11
Dirección de salud Huánuco	41	77	68
Dirección de salud Chavín	10	57	52
Centro Sur	172	262	226
Dirección de salud Ayacucho	68	57	52
Dirección de salud Ica	47	111	96
Dirección de salud Chonta - Andahuaylas	20	22	18
Dirección de salud Huancavelica	17	27	19
Dirección de salud Apurímac	20	45	41
Este	116	628	679
Dirección de salud San Martín	88	321	304
Dirección de salud Loreto	12	92	82
Dirección de salud Ucayali	45	190	171
Dirección de salud Madre de Dios	21	25	22
Caen	252	645	504
Dirección de salud I Callao	78	218	183
Dirección de salud III- Lima Norte	142	358	268
Dirección de salud IV Lima Este	32	69	53
Eje Sur	507	1127	838
Dirección de salud II- Lima Sur	90	310	236
Dirección de salud V Lima Ciudad	417	817	602
TOTAL ANUAL	1440	3669	

Cuadro 25

Esta información lejos de ser negada, el mismo año fue confirmada por otra investigación desarrollada en los colegios secundarios de Lima, concluyendo que la primera relación sexual de los estudiantes se realizó con sus enamorados, como razones principales expresaron que lo hizo para acercarse a su pareja, por amor, o porque ambos lo decidieron o están preparados (87.7%), mientras que el señaló que lo realizó por pedido de su pareja, para saber cómo es, por placer o diversión” (12.3%) ²⁵⁶.

²⁵⁶ CHIRINOS y otros, “Perfil de las estudiantes adolescentes sexualmente activas en colegios secundarios de Lima”, en *Revista Medica Herediana*, 10 (1), PUCH, Lima, 1999, p. 53.

VIII. CONCLUSIONES

- 1.** El consentimiento, en los delitos contra la indemnidad sexual, en contra de lo sostenido por la doctrina mayoritaria, se toma en cuenta por mandato de la ley penal, en materia de indemnidad sexual, ello se comprueba cuando se advierte que la ley exige como requisito el consentimiento de la víctima en los delitos de prostitución de menores (consentimiento obtenido por dinero) y en el delito de seducción (consentimiento obtenido por engaño).
- 2.** Existe un error de técnica legislativa que lleva a transgredir el principio de jerarquía de los bienes jurídicos, sancionando con penas superiores a las conminadas para los atentados contra la vida humana (homicidio), en relación a las que correspondería aplicar a los actos sexuales consentidos entre enamorados y convivientes.
- 3.** La interpretación litero-gramatical del artículo 173º del C.p. resulta incorrecta al violar el principio de proporcionalidad por sancionar, con penas de 25 a 30 años las relaciones sexuales libremente consensuadas entre enamorados y convivientes, mientras que sanciona con penas de 4 a 6 años otras modalidades de actos sexuales consentidos (prostitución de menores y seducción).
- 4.** La interpretación sistemática de la norma demuestra que la pena a aplicar los actos sexuales de mutuo consenso no sólo en los casos de enamorados y convivientes sino de manera general, y por un análisis de los marcos punitivos de la ley no puede superara los 4 años de prisión,

pues la menor pena para los actos sexuales cuando ha existido el consentimiento es de 4 años de privación de la libertad.

- 5.** La jurisprudencia nacional no ha sido indiferente a los problemas investigados, sin embargo se aprecia que en un número significativo de los casos donde se advertía el consentimiento y el estado de convivencia mantenido durante el proceso, los órganos de juicio suelen recurrir a forzar argumentos de la existencia de un error de tipo, de prohibición, ausencia de pruebas del momento de la realización o del sujeto activo del delito con la finalidad de evitar una sanción y la ruptura de la unidad familiar conformada. La existencia de un discurso de resistencia a que el juez declare atípico un acto que ante sus ojos se presente como no merecedor de sanción ha tenido como consecuencia un nivel considerable de dificultad para la ubicación y sistematización de la jurisprudencia donde se ha valorado el consentimiento.
- 6.** De la misma forma se ha advertido la existencia de otro sector de la jurisprudencia que recurre a argumentos de la confesión sincera y a criterios de individualización y determinación de la pena para suspender la ejecución de la pena cuando se trate de acciones sexuales mutuamente acordadas, sobre si se ha procreado descendencia y se mantiene una situación de convivencia.
- 7.** Los actos sexuales conjuntamente decididos (enamorado y convivientes), con mujeres mayores de 14 años y menores de 18 no pertenece al ámbito de protección de la norma. A esta conclusión se arriba por múltiples caminos, se mediante una interpretación finalista o desde la victimología y la auto responsabilidad de la víctima.

IX. RECOMENDACIONES

- 1.** Debe implementarse un sistema de consulta de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la República (pagina Web), ello hará posible analizar el comportamiento de dicho órgano de juicio respecto a la aplicación de las normas.
- 2.** Debe realizarse una coordinación con el Instituto Nacional de Estadísticas e Informáticas (INEI) para que la información censal que compendie, en el ítem destinado a la edad de la primera relación sexual, se use un parámetros relacionados con la edad legal del consentimiento sexual del Código penal, evitando la mezcla de datos referidos a sectores penalmente irrelevantes con otros prohibidos.
- 3.** Debe reglamentarse los artículos 1º (concepto de niños hasta los 18 años de edad) y 12º (derecho a ser oído en juicios), de la Convención Sobre los Derechos del Niño, para dejar claramente establecido el uso de pericias psicológicas, médicas y antropológicas para valorar judicialmente la declaración de las menores respecto a su pareja sexual (enamorado-conviviente).
- 4.** No es recomendable que los jóvenes se inicien sexualmente a edad temprana, menos aún los embarazos no planificados. Las repercusiones sociales y económicas han sido demostradas por otras investigadas. Si bien el derecho penal, por su naturaleza, es incapaz de transmutar dicha realidad social, otros mecanismos inciden ella, implicando una inversión económica estatal en el sector educativo y de salud, al guardar mayor vinculación con el inicio sexual. Es necesario fomentar el acceso a la educación, disminuir la deserción escolar y brindar educación sexual a nivel escolar como forma eficaz de retardar el inicio de la actividad sexual y los embarazos no planificados.

X. BIBLIOGRAFÍA

a) BIBLIOGRAFÍA EMPLEADA

1. BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, Aguilar, España, 1979.
2. BLITCHTEIN-WINICKI, PAREDES; CALERO; MAGALLANES; NÚÑEZ; PESSAH; ESCURRA; KENNEDY; SWEING;; GONZÁLES, “Percepción y comportamientos de riesgo de ITS /VIH, en mujeres adolescentes inscritas para obtener su libreta Militar en Lima y Callao 2001” en *Anales de la Facultad de Medicina*. UNMSM, Vol. 63,Nº4,2002:http://sisbib.unmsm.edu.pe/BvRevistas/Anales/v63_n4/pdf/percepcion_comportamiento.pdf
3. BOIX REIG y ORTS BERENGUER, “Consideraciones sobre: Los delitos de violación de la libertad sexual, proxenetismo y ofensas al pudor público en el Código penal peruano” en *Revista Peruana de Ciencias Penales*. Año VII-VIII, Edición Nº 11, Idemsa, septiembre, Lima, 2002, p. 145-172.
4. CENTRO DE ESTUDIOS DE JUSTICIA DE LAS AMÉRICAS, CEJA. Informe Preliminar. Evaluación de la Reforma Procesal Penal desde una Perspectiva de Género. Honduras., Tegucigalpa, 2004: http://cejamericas.org/doc/proyectos/informe_honduras.pdf.
5. CONAJU- CNJ, CONSEJO NACIONAL DE LA JUVENTUD, *Derechos Sexuales y Reproductivos de Adolescentes en el Perú*, Lima, 2006: http://www.cnj.gob.pe/sec_publicaciones_home.php, rev. ene.06
6. CONAJU- CNJ, CONSEJO NACIONAL DE LA JUVENTUD, *Estado, Procesos y Desafíos de las Juventudes Rurales en el Perú*. Lima, 2005: http://www.conaju.org.pe/sec_publicaciones_home.php, rev. ene.06
7. CORIGLIANO, “Delitos contra la integridad sexual”, en *Revista Derechopenalonline* (Revista electrónica de doctrina y jurisprudencia en línea).: [http:// www.derechopenalonline.com](http://www.derechopenalonline.com)
8. CHINCHAY CASTILLO, Alcides, “el delito de violación sexual de menor. Especial referencia a la pertinencia del artículo 173.3 del Código Penal”, *Actualidad Jurídica*, T. 173, Gaceta Jurídica, abril 2008, pp. 92-97.
9. CHIRINOS, BRINDIS, SALAZAR, BARDALES, REÁTEGUI, “Perfil de las estudiantes adolescentes sexualmente activas en colegios secundarios de Lima” en *Revista Medica Herediana*, 10 (2), Facultad

- de Medicina, UPCH, Lima, 1999, p. 49-61:
<http://www.upch.edu.pe/famed/rmh/10-2/indice.asp>
10. CHOCANO RODRÍGUEZ, “La violación sexual y los actos contra el pudor de menores” en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N° 4, Julio- Diciembre, Grijley, Lima, 1994
 11. CHOCANO RODRÍGUEZ, VALLADOLID ZETA, Jurisprudencia penal, Ejecutorias de la Corte Suprema de Justicia (1997-2001), Jurista, Lima, 2002.
 12. DEMUS. ESTUDIO PARA LA DEFENSA Y LOS DERECHOS DE LA MUJER, Programa Inicio Sexual”:
<http://www.demus.org.pe/Menus/radio.htm>
 13. DÍEZ RIPOLLÉS, *La racionalidad de las leyes penales. Práctica y teoría*, Trotta, Madrid, 2003.
 14. DÍEZ RIPOLLÉS, “El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual” en *Derecho penal y discriminación de la mujer*. Anuario de Derecho penal 1999-2000, PUCP y Universidad de Friburgo, Lima, 2001.
 15. ENDES 2004-CONTINUA. PERÚ. ENCUESTA DEMOGRÁFICA Y DE SALUD FAMILIAR, RESUMEN EJECUTIVO, INEI, USAID, MEASURE,DHS+:
<http://www.measuredhs.com/pubs/pdf/FR174/ResumenEjecutivo%2Epdf>, Rev. Oct.07
 16. ENDES CONTINUA 2004 y 2005, Portal Web INEI, sección Encuestas y Registros: <http://www1.inei.gob.pe/inicio.htm>
 17. ELISA FLORES, “la fecundidad entre las adolescentes colombianas” en Boletín Actualidad Colombiana, Edición N° 425. Marzo 21, abril 3, 2006: <http://www.actualidadcolombiana.org/boletin.shtml?x=1094>
 18. FLORA TRISTÁN, *“Rompeamos el silencio”: campaña de prevención y atención del embarazo en adolescentes*, Lima, 1992
 19. FLORA TRISTAN. Organismo no Gubernamental. “Las mujeres en el Perú en cifras. Punto 13, Jóvenes”:
<http://www.flora.org.pe/mujercifras.htm>.
 20. FRISANCHO APARICIO, Manuel, *Jurisprudencia penal. Ejecutorias supremas y superiores 1998-2001*, Jurista, Lima, 2002.
 21. FUENTES SORIANO, “Valoración de la prueba indiciaria y declaración de la víctima en los delitos sexuales” en, *Problemas actuales de la*

- administración de justicia en los delitos sexuales*. Defensoría del Pueblo, Lima, 2000.
22. GACETA JURÍDICA, *El Código penal en su Jurisprudencia*, Dialogo con la Jurisprudencia, Lima, 2007.
 23. GACETA JURÍDICA, *Dialogo con la Jurisprudencia*, Año 11, N° 85, Lima, Octubre 2005.
 24. GACETA JURÍDICA, *Dialogo con la jurisprudencia*, Año 11, N° 93, junio, Lima, 2006.
 25. GONZALES ZORRILLA, Legislación simbólica y derecho penal: la penalización del consumo de drogas, en *Jueces por la Democracia*, N° 14, España, 1991.
 26. GÓMEZ TOMILLO, "Derecho penal sexual y reforma legal. Un análisis desde una perspectiva político criminal" en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N° 07-04, 2005: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07.html>
 27. GREGORIO BUSTAMANTE, *Abuso sexual infantil: denuncias falsas y erróneas*, Omar Favale, Buenos Aires, 2004.
 28. HERNÁNDEZ GALLEGOS, "Abusos sexuales" en *Estudios sobre el Código penal de 1995*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996.
 29. IDL. INSTITUTO DE DEFENSA LEGAL. Organismo no gubernamental. <http://www.seguridadidl.org.pe/noticias/delitos/2005/03marzo/21-3.htm>.
 30. INEI. INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA E INFORMÁTICA. "Edad de las Mujeres al tener su Primera Relación Sexual", en ENAHO-98 del Instituto Nacional de Estadística e Informática del Perú: <http://www.inei.gob.pe/biblioineipub/bancopub/est/lib0078/S03-1.htm>.
 31. INEI. Instituto Nacional de Estadística e Informática, ENDES 2000. Encuesta Demográfica y de Salud Familiar, Perú. Disponible en: <http://www.measuredhs.com/pubs/pdf/FR120/06Chapter6.pdf>
 32. INEI. Instituto Nacional de Estadística e Informática., ENDES 2004 Continua. Resumen Ejecutivo. Encuesta Demográfica y de Salud Familiar, Perú, Disponible en: <http://www.measuredhs.com/pubs/pdf/SR112/SR112.pdf>
 33. INEI. USAID. Programa Measure DHS+/ORC Macro, *Encuesta Demográfica y de Salud Familiar*. ENDES Continua 2004. Informe

Preliminar. Abril. Instituto Nacional de Estadística e Informática, Agencia de los Estados Unidos para el desarrollo internacional, 2005

34. INTERPOL, POLICÍA INTERNACIONAL, Legislación sobre ofensas sexuales contra menores: www.interpol.int/Public/Children/SexualAbuse/NationalLaws
35. JUECESYFISCALES.ORG. Acceso carnal violento con menor de 14 años (Principio de Lesividad) "El Principio de lesividad prima sobre la presunción del artículo 208 del Código Penal Colombiano" http://www.juecesyfiscales.org/index.php?option=com_content&view=article&id=83:accesomenorde14lesividad&catid=12:jurisprudencia&Itemid=7
36. LICONA RENDÁN y HUANCO APAZA, "Riesgos en el recién nacido de madre adolescente en el Hospital Hipólito Unanue de Tacna" en *Revista Diagnostico*, Vol. 39, N° 1, Ene.-Feb. 2000: <http://www.fihu-diagnostico.org.pe/revista/numeros/2000/enefeb00/35-40.html>
37. LOPERA MESA. Principio de proporcionalidad y ley penal. Bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales. Centro de Estudios Políticos y constitucionales, Madrid, 2006.
38. LUNDGREN, "Protocolos de Investigación para el estudio de la salud sexual y reproductiva de los adolescentes y Jóvenes varones en América Latina". Organización Panamericana de la Salud, Washington 2000; en "La salud sexual y reproductiva de los jóvenes en América Latina y el Caribe": www.advocatesforyouth.org/publications/factsheet/fssaludsexual.htm#2
39. MANUELA RAMOS Organismo no Gubernamental, Embarazo Adolescente: Políticas Públicas con equidad de género. Sección Cifras: <http://www.manuela.org.pe/28Mayo/index.htm> y <http://www.manuela.org.pe/Camp8Marzo.asp>
40. MANUELA RAMOS Organismo no Gubernamental, Salud Sexual y reproductiva en el Perú, Lima, 2007: http://www.manuela.org.pe/Campa%C3%B1a%2028%20de%20Mayo/Cifras_FinalFinal.pdf
41. MANUELA RAMOS Organismo no Gubernamental, intervenciones locales y participativas para el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos de los adolescentes de la Amazonía. "Relaciones

sexuales en la adolescencia”; “Embarazo maternidad y paternidad en la adolescencia”: <http://www.manuela.org.pe/proyecto/proyecto.htm>

42. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, Titant lo Blanch, España, 1996.
43. NAGLE, Jennifer, CHÁVEZ, Susana, “De la protección a la amenaza: El caso de la modificación del código penal, ley N° 28704”, Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos. Promsex, Lima, 2007. <http://www.promsex.org/>
44. ORTS BERENGUER, *Delitos contra la libertad sexual*, Tirant lo Blanch. España, 1995.
45. PRAT WESTERLINDH, Las consecuencias Jurídicas del Delito, en Cuadernos Luis Jiménez de Asua, N° 16, Dykinson, Sevilla, 2003.
46. PEÑA CABRERA, *Delitos contra la libertad sexual*, Guerreros, Lima, 2002.
47. POLICIA NACIONAL DEL PERÚ. Manual de Criminalística, Policía Nacional del Perú, 1ª parte, Lima, 1966.
48. REYES TURCIOS, *Factores que predisponen la ocurrencia de embarazos en adolescentes. Colonia flor del campo. Comayaguela. Honduras*. Tesis, UNAN, Tesis de maestría en salud publica, 2004-2005: http://www.minsa.gob.ni/bns/tesis_sp/68.pdf
49. RODRÍGUEZ DEVESA, SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, Dykinson, Madrid, 1994.
50. RODRÍGUEZ RAMOS, COBOS GÓMEZ DE LINARESI; SÁNCHEZ TOMÁS, José Miguel; “*Derecho Penal. Parte Especial*”, Universidad Complutense de Madrid, España, T. I 1997.
51. RODRÍGUEZ HURTADO, “El nuevo grito de guerra del torpe legislador draconiano: a la cárcel por “violador”, aunque la “víctima” haya consentido libremente la relación sexual o análoga”: http://www.pj.gob.pe/detalle_noticia.asp?codigo=3530
52. ROJAS VARGAS, *Cuadernos jurisprudenciales. Violación de la libertad sexual*. Gaceta Jurídica, N° 18, diciembre, Lima, 2002.
53. ROJJASI PELLA, *Ejecutorias supremas penales 1993-1996*, Legrima, Lima, 1997.
54. ROXIN, *Derecho penal. Parte general*. Tomo I, Civitas, Madrid, 1997.

55. SALAVERRY y Colaboradores, *“Embarazo en adolescentes de Lima” en Asociación de psicología aplicada a la sociedad (ASPAS)*, 1993: <http://www.angelfire.com/pe/actualidadpsi/embarazo.html>
56. SALINAS SICCHA, “la irracionalidad legislativa en los delitos sexuales”, *Actualidad Jurídica*, T. 149, Gaceta Jurídica, Lima, 2006.
57. SAN MARTÍN, BARRIENTOS, GUTIERREZ, GONZÁLEZ, *Violencia sexual en Chile y nueva ley de delitos sexuales*, en *Revista Fronteras en Obstetricia y Ginecología*. Vol. 2, Julio, 2002: <http://www.med.ufro.cl/obgin/Fronteras/vol2num1/violencia.pdf>
58. SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal, Parte especial*, 7ª ed. Dykinson, Madrid, 2002
59. SILVA SÁNCHEZ, *Perspectivas sobre la Política criminal moderna*, Ábaco, Argentina, 1998.
60. SOLORZANO NIÑO, *Medicina legal, criminalística y toxicología para abogados*, Temis, Bogotá, 1990.
61. TAPIA VIVAS, *Valoración judicial de la prueba en los delitos de violación sexual en agravio de los menores de edad*, Tesis de doctorado en Derecho, UNMSM, Lima, 2005 http://www.cybertesis.edu.pe/sisbib/2005/tapia_vg/html/index-frames.html
62. TÁVARA OROZCO, “Contribución de las adolescentes a la muerte materna en el Perú”, en *Revista ginecología y obstetricia. Sociedad Peruana de Obstetricia y Ginecología*. Vol. 50, N° 2, Lima, 2004. Disponible en: http://sisbib.unmsm.edu.pe/BVRevistas/ginecologia/Vol50_N2/contenido.htm
63. TSCHADEK, *La prueba*, Estudio sobre los medios de prueba y la apreciación de la prueba, Santa Fe de Bogotá, Temis, 1999
64. VÁSQUEZ VOYER, “La ley aplicable a los delitos de violación sexual en las tendencias de los índices delictivos”, tesis para optar el grado de magíster en Ciencias penales, UNMSM, Lima, 1993: http://www.cybertesis.edu.pe/sisbib/2003/vasquez_bc/html/index-frames.html

b) BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA Y SUGERIDA

65. ALCÁZAR, LOVATÓN, *Consecuencias socio-económicas de la maternidad adolescente: ¿Constituye un obstáculo para la formación de capital humano y el acceso a mejores empleos?*. Informe Final Preliminar, GRADE (Grupo de Análisis para el Desarrollo), Febrero, 2006: http://www.grade.org.pe/asp/brw_pub11.asp?id=712
66. ALIAGA; DRESDNER; GUTIÉRREZ; MARTINEZ, "Perfil de agresores sexuales. Región Metropolitana, Chile" en *Revista de psiquiatría forense y ley*, Año 1, Volumen 1, número 1, Diciembre, 2004, Chile, p. 32-40.
67. ARIAS CONGRAINS, Jaime, "Factores psicosociales en las actitudes sexuales de estudiantes de secundaria de un sector sub-urbano del Cercado de Lima" en *Revista Medica Herediana* [online], octubre/diciembre, 1997, vol.8, no.4, p.151-158: http://www.scielo.org.pe/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1018-130X1997000400004&lng=es&nrm=is
68. BACA BABRERA, ROJAS VARGAS, NEIRA HUAMAN, *Jurisprudencia penal. Procesos sumarios. Ejecutorias de la Sala penal de apelaciones de la Corte Superior de Lima*, T. III. Gaceta Jurídica, Lima, 1999.
69. BEGUÉ LEZAUN, *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*. Ley orgánica 11/99, de 30 de abril, Bosch, España, 1999.
70. BERISTEIAN IPIÑA., (Dir) *Política criminal comparada, hoy y mañana*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.
71. BORJA JIMÉNEZ, *Curso de Política criminal*, Tirant lo blanch, Valencia, 2003.
72. CÁCERES (Ed). *La salud Sexual como derecho en el Perú hoy. Ocho estudios sobre salud, género y derechos sexuales entre los jóvenes y otros grupos vulnerables*, Redes Jóvenes, Lima, 2002.
73. CÁCERES VELÁSQUEZ, "Sexualidad y política criminal" en *Psicología de la criminalidad*, UAP, Lima, 2005.
74. CALLE DÁVILA, INEI, *Desarrollo y salud sexual de adolescentes y jóvenes*.
75. CARO CORIA y SAN MARTÍN, *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. Aspectos penales y procesales*. Grijley, Lima, 2000.
76. CASTILLO ALVA, *Tratado de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*. Gaceta Jurídica, Lima, 2002.

77. CARO CORIA, "Problemas de interpretación judicial en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales" en Problemas actuales de la administración de justicia en los delitos sexuales. Defensoría del Pueblo, 2000
78. CERVANTES, WATANABE, *La adolescencia como problema de salud reproductiva. XI Congreso Peruano de Obstetricia y Ginecología*. Tomo del congreso. Lima, 1994.
79. DEBRA BOYER, "Embarazo en la adolescencia: El papel del abuso sexual". : <http://www.accionporlosninos.org.pe/TEXTOS/Foro48.doc>
80. DEFENSORÍA DEL PUEBLO, *Problemas actuales de la administración de justicia en los delitos sexuales*. Defensoría especializada en los derechos de la mujer. Marzo 2000
81. DEFENSORÍA DEL PUEBLO, La violencia sexual: Un problema de seguridad ciudadana, Las voces de las víctimas, Informe N° Informe Defensorial N° 21, 2003: www.ombudsman.gob.pe/
82. DÍEZ RIPOLLÉS (director), *Delitos contra la libertad sexual*. Madrid. Consejo General del Poder Judicial, 1999.
83. DÍEZ RIPOLLÉS, *La Fundamentación de la libertad sexual, ineficacias actuales y perspectivas de reforma*. Bosch, Barcelona, 1985.
84. DÍEZ RIPOLLÉS, *La protección de la libertad sexual*. Bosch, Barcelona, 1985.
85. DÍEZ RIPOLLÉS, *El Derecho penal ante el sexo*. Bosch, Barcelona, 1981
86. ESTRELLA, *De los delitos sexuales*, Hammurabi, Buenos Aires, 2005
87. FOUCAULT, *Historia de la sexualidad*,: Siglo XXI, Madrid, 2005.
88. GIMBERNAT, *Sexualidad y crimen*, Versión de la 3ª ed. Alemana, Reus, Madrid, 1969.
89. HURTADO LA.ROSA; RAMOS PADILLA, Perfil de Salud de las Mujeres y los Hombres en el Perú 2005, Lima, Organización Panamericana de la Salud, 2006.
90. HURTADO POZO, "Delitos sexuales y derechos de la mujer" en Problemas actuales de la administración de justicia en los delitos sexuales. Defensoría del Pueblo, Lima, 2000.

91. JAKOBS,. “Competencia de la victima”, en la *Imputación Objetiva en Derecho Penal*. Argentina, Ad-Hoc, 1996.
92. LA ROSA HUERTAS, “*Derechos Sexuales y Reproductivos de Adolescentes en el Perú*”. CONAJU:
http://www.conaju.org.pe/sec_publicaciones_home.php
93. MARÍN PARRA, *Análisis estadístico de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual*, Revista de Estadística y Sociedad (Índice), marzo del 2006, España.
94. MAVILA LEÓN, “Consideraciones actuales en materia de delitos sexuales” en revista Catedra N° 2, año 2, mayo 1998.:
http://sisbib.unmsm.edu.pe/Bibvirtual/Publicaciones/Cathedra/N3_1998/Cons_Act_Mat_Del.htm
95. MINISTERIO DE EDUCACIÓN. SNJ- SECRETARIA NACIONAL DE LA JUVENTUD. Sección Publicaciones.:
http://www.cnj.gob.pe/sec_publicaciones_home.php
96. MINISTERIO DE SALUD. Sección recortes, Gestión Médica. Proponen que accedan a servicios de salud sexual y reproductiva. Adolescentes son el grupo de edad más afectados por el VIH Sida en el País. Edición del 7-13 mayo 2007, Disponible en:
<http://www.minsa.gob.pe/portal/03Estrategias-Nacionales/03ESN-ITS-SIDA/Archivos/recortes/07-05-07sida.pdf> Rev.oct.07
97. MINISTERIO DE SALUD. Sección recortes, Jóvenes se inician sexualmente entre los 12-15 años. Vulnerables al contagio de sida.:
<http://www.minsa.gob.pe/portal/03Estrategias-Nacionales/03ESN-ITS-SIDA/Archivos/recortes/12-08-07sida.pdf> Rev.oct.07
98. MINISTERIO DE SALUD. Instituto Especializado de salud del Niño, “sobre adolescentes y sexo”.:<http://www.isn.gob.pe/secpadado0.htm> revisado 11.05
99. MINISTERIO DE SALUD, PROCETTS, ONUSIDA: Estado de situación: El sida en el Perú al año 2000, Lima, Programa control de ETS y Sida, ONUSIDA, 2002.
100. MOSTAJO, ESPEJO, Encuesta Demográfica y de Salud Familiar- ENDES 2004 Evolución de la Fecundidad. 1969 – 2004
101. MOYA, *La salud sexual y reproductiva de los jóvenes en América Latina y el Caribe*, Advocates for Youth abril de 2000:
<http://www.advocatesforyouth.org/publications/factsheet/fssaludsexual.htm#2>

102. NEUMAN, *Victimología. El rol de la víctima en los delitos convencionales y no convencionales*. Buenos Aires, Ed. Universidad, 1994.
103. NOGUERA RAMOS, *Violación de la libertad sexual en el nuevo Código penal*, FECAL, Lima, 1992.
104. PAREDES, FREYRE, *Desarrollo psicosocial del adolescente: Etapas y tareas evolutivas*. Diagnóstico 1983; 12 (2): 53, 1983
105. PARRA, PINEDO, TÁVARA, et al, *Comportamiento reproductivo de las adolescentes. X Congreso Peruano de Obstetricia y Ginecología*. Tomo del congreso, Lima, 1990.
106. PEÑA CABRERA FREYRE, Raúl, La reforma Político Criminal de los delitos sexuales, vía la ley N° 28704, sancionada el 05 d abril del 2006, Dialogo con la jurisprudencia, T.108, Gaceta Jurídica, Lima, 2008.
107. PERRON, “El reciente desarrollo de los delitos sexuales en el derecho penal alemán” en *Delitos contra la libertad sexual*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.
108. PRADO SALDARRIAGA, *Política criminal peruana*, Cultural Cuzco, Lima, 1985.
109. PRADO SALDARRIAGA, “Notas críticas a la Política Criminal del Gobierno de todos los peruanos” en *Debate Penal* No. 01, Importadores, Lima, 1987.
110. QUERALT, *Derecho penal español. Parte especial*, José María Bosch, Barcelona, 1996.
111. QUINTANA SÁNCHEZ, VÁSQUEZ DEL ÁGUILA, *Construcción social de la sexualidad adolescente*. IES, 1997.
112. RAMÍREZ, “Delitos de abuso sexual: actos de significación sexual y de relevancia” en Revista de Política Criminal, N° 3, 2007.: http://www.politicacriminal.cl/n_03/A_4_3.pdf
113. REYNA ALFARO, (Coord.), *Victimología y victimodogmática*, Ara, Lima, 2003.
114. RODRÍGUEZ RAMOS, COBOS GÓMEZ DE LINARES, SÁNCHEZ TOMÁS,; “*Derecho Penal. Parte Especial*”, Universidad Complutense de Madrid, España, T. I 1997.

115. ROXIN, "Victimodogmática e injusto material", en *Política Criminal y estructura del delito*, Ed. PPU, Barcelona, 1992.
116. SAN MARTÍN CASTRO, "Principios probatorios en el derecho procesal penal sexual peruano" en *Problemas actuales de la administración de justicia en los delitos sexuales*. Defensoría del Pueblo, Lima, 2000.
117. SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho procesal penal*, Vol.I., Grijley, Lima, 1999.
118. SAN MARTÍN CASTRO, "Control difuso en materia penal" en *Cuadernos Jurisprudenciales* Nº 63, Setiembre 2006, Año 6, Gaceta Jurídica, Lima, 2006.
119. SAN MARTÍN CASTRO, ÁLVAREZ OLAZABAL Delitos contra la libertad y delitos contra la familia, Banco Mundial, Poder Judicial, 2007.
120. SAN MARTÍN, BARRIENTOS; GUTIERREZ, GONZÁLEZ, *Violencia sexual en Chile y nueva ley de delitos sexuales*, en *Revista Fronteras en Obstetricia y Ginecología*. Vol. 2, Julio, 2002.: <http://www.med.ufro.cl/obgin/Fronteras/vol2num1/violencia.pdf>
121. SÁNCHEZ; ATENCIO, DUY, "Comparación de la educación por pares y por profesionales de la salud para mejorar el conocimiento, percepción y la conducta sexual de riesgo en adolescentes" en *Revista peruana de medicina experimental y salud pública*, Instituto Nacional de Salud, Vol.20, Nº.4, octubre – diciembre 2003, p.206-210. Disponible en: http://sisbib.unmsm.edu.pe/bvrevistas/Medicina_Experimental/v20_n4/Contenido.htm
122. SOLÍS ESPINOZA, "La victimología", en *Criminología Panorama Contemporáneo*. Lima, Desa, 1988.
123. TORRES CASTRO, TORRES CASTRO, *Hablando de sexualidad en niños y adolescentes. Texto de consulta para padres y maestros*. Lima, 1992.
124. TORRES, LÉVANO, CARRILLO, *Incidencia de partos en adolescentes en hospitales públicos de nivel del mar, altura y selva del Perú*. Acta Andina 1993; 2: 33.
125. TORRES FERNÁNDEZ, *El nuevo delito de corrupción de menores*, en, *Revista Electrónica de ciencia penal y criminología (RECPC)*, 1999. Disponible en: http://criminnet.ugr.es/recpc/recpc_01.html

126. VÉLEZ FERNÁNDEZ, *Algunas consideraciones dogmáticas sobre la autoría y participación en los casos de violación sexual como práctica generalizada y sistemática*, 2005: http://www.justiciaviva.org.pe/nuevos/2005/septiembre/22/casos_violacion_sexual.doc
127. VILLADA, Delitos contra la integridad sexual, análisis dogmático, victimológico y criminológico, Situación en el derecho comparado, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000
128. VILLA STEIN, *Derecho penal Parte general*, 2ª ed., San Marcos, Lima, 2001.
129. YON LEAU, *Género y sexualidad. Una mirada de los y las adolescentes de cinco barrios de Lima*. Movimiento Manuela Ramos. Lima, 1998.
130. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Política criminal*, Colex, Madrid, 2001.
131. ZIFFER, "La víctima como factor de determinación de la pena", en *Lineamientos de la determinación de la pena*. Ad-Hoc, Buenos Aires.1996

c) INFORMACIÓN PERIODÍSTICA Y NOTAS DE PRENSA

132. ANDINA. AGENCIA PERUANA DE NOTICIAS, Presentan investigaciones que revelan reducción de la edad de inicio sexual, Edición del 07.08.07. <http://www.andina.com.pe/NoticiaDetalle.aspx?id=136681> Rev.oct.07
133. BBCMUNDO.COM, Artículo: "Iglesia: indemnizaciones por "abuso sexual", del 10.09.02 http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/news/newsid_2248000/2248472.stm, rev. ago.07.
134. CARETAS. Revista. Artículo: El Fenómeno del Niño. El Seguro Escolar Gratuito alumbró esta semana un problema embarazoso: la maternidad precoz. ¿Cómo atender ahora este parto?, N° 1558, 1999, Lima: <http://www.caretas.com.pe/1999/1558/escolar/escolar.htm> .rev. ago.07
135. DEMUS. ESTUDIO PARA LA DEFENSA Y LOS DERECHOS DE LA MUJER, Organismo no gubernamental. Noticia: DEMUS expresa su preocupación frente a norma que modifica los delitos contra la Libertad Sexual, disponible en: http://www.demus.org.pe/Menus/noticias/libertad_sexual.htm

136. EDUCA, FUNDACIÓN TELEFÓNICA “Abuso y explotación sexual infantil”: http://www.educared.edu.pe/pro_art_16.asp

EL PERUANO. Diario oficial peruano. Artículos:

137. “Revelador. Estudio se realizó en seis ciudades del país con recursos del fondo mundial. Adolescentes peruanos se inician sexualmente a los 13. Empero, aumenta el rango de menores que lo hacen desde los 11 años. Investigación revela vulnerabilidad al VIH/Sida por escasa protección”. Edición del 10.08.07. Sección Actualidad: [<http://www.elperuano.com.pe/edc/2007/08/10/act4.asp>]
138. “Responsabilidad de todos madres adolescentes”. Edición del 6.12.06, Sección Opinión: <http://www.elperuano.com.pe/edc/2006/12/06/opi.asp>

EL COMERCIO, Diario peruano, artículos:

139. “Adolescentes peruanos se inician sexualmente a los 13 años en promedio”. Edición del 9.08.07, Lima, <http://www.elcomercio.com.pe/ediciononline/HTML/olecultimas/2007-08-09/olecultimas0418600.html>
140. “Virus. Riesgos de juventud. Sexo prematuro, riesgo seguro en el Perú, los adolescentes forman el grupo más vulnerable y expuesto al sida, debido sobre todo a la falta de información y a los mitos que envuelven el tema sexual”. Edición del 12.08.07 <http://www.elcomercio.com.pe/edicionimpresa/Html/2007-08-12/imechogar0768751.html>
141. “Menor de 13 años se casa con consentimiento de sus padres”, del lunes 2.07.07. p. A14. Disponible en: [<http://www.elcomercio.com.pe/EdicionImpresa/Html/2007-07-02/ImEcNacional0747962.html>]
142. “Detienen en Tacna a menor que durmió a sus padres para robarles”, diario El Comercio del jueves 20.04.06.

LA REPÚBLICA. Diario peruano, Artículos:

143. “unos 80 mil tendrían VIH”, de la edición del 10.08.07 <http://www.larepublica.com.pe/content/view/171213/30/>
144. “INEI registra 145 mil madres adolescentes en todo el país”. Sección sociedad, edición del 04.07.04 http://www.larepublica.com.pe/component/option,com_contentant/task

[.view/id,3504/Itemid,0/](#)
<http://www.losninosprimero.org/portal/?cont=regiones&id=62>

145. “Adolescentes peruanos se inician sexualmente a los 13 años en promedio”, edición del 9.04.07
<http://www.larepublica.com.pe/content/view/171181/>
146. “unos 80 mil tendrían VIH”, de la edición del 10.08.07
<http://www.larepublica.com.pe/content/view/171213/30/>
147. MILENIA RADIO, Nota: Continuarán efectos nocivos de ley que penaliza relaciones sexuales de adolescentes, 08.01.07, Lima:
http://www.radiomilenia.com.pe/not08ene072.php?action=results&poll_ident=32
148. MINISTERIO PÚBLICO, PERÚ, FISCALÍA DE LA NACIÓN, gerencia central de imagen institucional - nota de prensa n° 11-2005. “Fiscalía de Huancayo investiga linchamiento y muerte de dos ladrones en anexo de Cullpa Alta”: [\[http://www.mpfm.gob.pe/prensa-imprime.php?id=572\]](http://www.mpfm.gob.pe/prensa-imprime.php?id=572),
149. MUJERHOY.COM. Nota: “Paraguay: Sacerdote fue condenado a ocho años por abuso sexual”, del 28 de agosto de 2003:
<http://www.mujereshoy.com/secciones/1143.shtml>, rev. ago.07.

OJO, Diario peruano. Artículos:

150. “¿fue violación el caso de niña que alumbró gemelas?”, Edición del 10.01.2007 http://www.ojo.com.pe/paginas_nota.php?nota_id=5595
151. “Menor de 13 defiende con machete a marido de 36 Chiquilla se enamora de su secuestrador”, Edición del 16.01.07
http://www.ojo.com.pe/paginas_nota.php?nota_id=5945
152. “Espera cumplir mayoría de edad para casarse. Niña madre de 12 años sueña con matrimonio”, Edición del 11.01.07
http://www.ojo.com.pe/paginas_nota.php?nota_id=5678
153. “Código penal tipifica como violación embarazo a menores. Le esperaría cárcel a padre de gemelas”, Edición del 11.01.07
http://www.ojo.com.pe/paginas_nota.php?nota_id=5680
154. “Feliz con esposo. No he sido violada dice menor”, Edición del 10.01.07 http://www.ojo.com.pe/paginas_nota.php?nota_id=5596
155. “Menor murió al ser contagiada de hepatitis “b”, Sección policial, del 16.06.07 http://www.ojo.com.pe/paginas_nota.php?nota_id=13348

RPP. RADIOPROGRAMAS DEL PERÚ

156. “Adolescente que fugó por pucallpina estará bajo custodia de sus padres”. Edición del lunes 3.07.06
http://www.rpp.com.pe/portada/nacional/43090_1.php
157. La primera relación sexual empieza entre los 13 y 15 años. Domingo 13.04.08 http://www.rpp.com.pe/detalle_121520.html
158. Sólo el 50% de escolares peruanos usa condón, revela estudio. 13.04.08 http://cms.rpp.com.pe/portada/nacional/121477_1.php
159. SAVE THE CHILDREN. PROGRAMA REGIONAL PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE. Noticias Uruguay. “Aumento de madres adolescentes. La situación en Montevideo”, del 17.12.04 http://www.scslat.org/news/esp/noticias.php?_cod_70
160. 20MINUTOS.COM, España. Artículo” Desarticulan una red de violadores de bebés”, del 20.05.05: <http://www.20minutos.es/noticia/26815/23/>, rev.ago.07.
161. 24 HORAS. Programa periodístico. Nota: “Detienen en Tacna a joven que fugó con enamorada tras robar a sus padres”, edición del 20.04.06 <http://www.24horas.com.pe/agenda/2006/04/20/005.php>

XI. ANEXOS

a) Código del Niño y del Adolescente

Art. 9.- (...) el adolescente que estuviere en condiciones de formarse sus propios juicios tendrá derecho a expresar su opinión (...) en todos los asuntos que les afecten (...) y a que se tenga en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez.

Art. 10.- (...) el adolescente tiene derecho a la libertad de expresión (...).

Art. 11.- (...) el adolescente tiene derecho a la libertad de pensamiento (...).

b) Documentos Internacionales ratificados por el Perú

b.1. Convención Internacional sobre los Derechos del Niño

Ratificación: Agosto de 1990 (Resolución Legislativa N° 25278)

Art.1.- (...) se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años (...).

Art. 12.1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

Art. 12.2. (...) se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial (...).

b.2. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Año de suscripción y ratificación: 1978

Art. 12.- Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:

- a) La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños;
- b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente;
- c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas;
- d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.

- b.2.1. Observación general nº 14 (2000): cuestiones sustantivas que se plantean en la aplicación del pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales. el _derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 12 del pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales)

El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud: 11/08/2000. E/C.12/2000/4. (General Comments)

23. (...). El ejercicio del derecho a la salud de los adolescentes depende de una atención respetuosa (...) que tiene en cuenta (...) la vida privada y prevé el establecimiento de servicios adecuados de salud sexual y reproductiva.

- b.3. Convención sobre la eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la mujer (CEDAW)

Año de suscripción: 1979

Año de ratificación: 1982

Art. 12.1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad (...), el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia.

Art. 12.2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1 supra, los Estados Partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario, y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia.

- b.3.1. Recomendaciones generales adoptadas por el comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer.

Recomendación General Nº 24: (20º período de sesiones, 1999) Artículo 12 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer - La mujer y la salud

18: "Los Estados partes deben garantizar, sin perjuicio (...) , el derecho a (...) servicios sobre salud sexual para todas para todas las mujeres y niñas (...) deben garantizar los derechos de los adolescentes de ambos sexos a educación sobre salud sexual".

§2 Extracto de la legislación Penal latinoamericana

Chile Edad: 12 años

Código Penal

Art. 361º. La violación de una mujer será castigada con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado medio.

Se comete violación yaciendo con la mujer en alguno de los casos siguientes:

1º. Cuando se usa de fuerza o intimidación.

2º. Cuando la mujer se halla privada de razón o de sentido por cualquier causa.

3º. Cuando sea menor de **doce años** cumplidos, aun cuando no concurra ninguna de las circunstancias expresadas en los dos números anteriores.

En el caso del número 3.º del inciso anterior, la pena será de presidio mayor en su grado medio a máximo

Art. 362º. Los delitos de que trata este párrafo se consideran consumados desde que hay principio de ejecución.

Venezuela Edad 12 años

Código Penal

Artículo 375.- El que por medio de violencias o amenazas haya constreñido a alguna persona, del uno o del otro sexo, a un acto carnal, será castigado con presidio de cinco a diez años.

La misma pena se le aplicará al individuo que tenga un acto carnal con persona de uno u otro sexo, que en el momento del delito:

1º. No tuviere **doce años** de edad.

2º. O que no haya cumplido dieciséis años, si el culpable es un ascendiente, tutor o institutor.

3º. O que hallándose detenida o condenada, haya sido confiada a la custodia del culpable.

4º. O que no estuviere en capacidad de resistir por causa de enfermedad física o mental; por otro motivo independiente de la voluntad del culpable o por consecuencia del empleo de medios fraudulentos o sustancias narcóticas o excitantes de que este se haya valido.

Argentina Edad 13 años

Código Penal vigente desde el 16 de enero de 1985

Ley 11.179. Texto ordenado por Decreto 3992/84

Art. 119º. Será reprimido con reclusión o prisión de seis meses a cuatro años el que abusare sexualmente de persona de uno u otro sexo cuando, ésta fuera menor de trece años o cuando mediare violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder, o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción.

La pena será de cuatro a diez años de reclusión o prisión cuando el abuso por su duración o circunstancias de su realización, hubiere configurado un sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima.

La pena será de seis a quince años de reclusión o prisión cuando mediando las circunstancias del primer párrafo hubiere acceso carnal por cualquier vía.

En los supuestos de los dos párrafos anteriores, la pena será de ocho a veinte años de reclusión o prisión si:

- a) Resultare un grave daño en la salud física o mental de la víctima;
- b) El hecho fuere cometido por ascendiente, descendiente, afín en línea recta, hermano, tutor, curador, ministro de algún culto reconocido o no, encargado de la educación o de la guarda;
- c) El autor tuviere conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave, y hubiere existido peligro de contagio; d) El hecho fuere cometido por dos o más personas, o con armas;
- e) El hecho fuere cometido por personal perteneciente a las fuerzas policiales o de seguridad, en ocasión de sus funciones;
- f) El hecho fuere cometido contra un menor de dieciocho años, aprovechando la situación de convivencia preexistente con el mismo.

En el supuesto del primer párrafo, la pena será de tres a diez años de reclusión o prisión si concurren las circunstancias de los incisos a), b), d), e) o f). **[Artículo vigente según la modificación efectuada por el art. 2º de la Ley Nº 25087 (B.O. del 14 de mayo de 1999).**

Bolivia Edad 14 años

Código penal. LEY Nº 1768.

Art. 308 Bis. Violación de niño, niña o adolescente. Quien tuviera acceso carnal con persona de uno u otro sexo menor de **catorce años**, penetración anal o vaginal o introdujera objetos con fines libidinosos, será sancionado con privación de libertad de quince (15) a veinte (20) años, sin derecho a indulto, así no haya uso de la fuerza o intimidación y se alegue consentimiento.

Quedan exentas de esta sanción las relaciones consensuadas entre adolescentes mayores de doce años, siempre que no exista diferencia de edad mayor de tres (3) años, entre ambos, y no se haya producido violencia ni intimidación. **[Ley Nº 2033 de protección a las víctimas de delitos contra la libertad sexual del 29 de octubre de 1999.]**

Brasil Edad 14 años

Código Penal. Decreto - Lei Nº 2.848 de Dezembro de 1940

Art. 218º.- Corrupção de menores. Corromper ou facilitar a corrupção de pessoa maior de 14 (*catorze*) e menor de 18 (dezoito) anos, com ela praticando ato de libidinagem, ou induzindo-a a praticá-lo ou presenciá-lo:

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

Colombia Edad 14 años

Código Penal. Ley N° 599 del 24 de julio del 2000

Art. 208°. “El que acceda carnalmente a persona menor de **catorce años**, incurrirá en prisión de sesenta y cuatro a ciento cuarenta y cuatro meses”. [Texto vigente desde el 1° de enero de 2005].

Ecuador Edad 14 años

Código Penal. Codificación No. 000. RO/ Sup 147 de 22 de enero de 1971

Art. 512°. Violación es el acceso carnal, con introducción parcial o total del miembro viril, por vía vaginal, anal o bucal, con personas de uno u otro sexo, en los siguientes casos:

- 1°. Cuando la víctima fuere menor de **catorce años**;
- 2°. Cuando la persona ofendida se hallare privada de la razón o del sentido, o cuando por enfermedad o por cualquier otra causa no pudiera resistirse; y,
- 3°. Cuando se usare de violencia, amenaza o de intimidación.

Nota: Reforma dada por Ley N° 105, publicada en Registro Oficial 365 de 21 de julio de 1998.

Panamá Edad 14 años

Código Penal

Art. 216°. Quien tenga acceso sexual con persona de uno u otro sexo, utilizando sus órganos genitales u otras partes de su cuerpo, o introduciendo cualquier objeto en los genitales, boca o en el ano de la víctima, será sancionado con prisión de 3 a 10 años, en los siguientes casos:

- 1°. Cuando se use violencia o intimidación;
- 2°. Cuando la persona ofendida se hallare privada de razón o de sentido, o cuando por enfermedad física o mental o por cualquier otra causa no pueda resistir;
- 3°. Cuando la víctima se encuentre detenida o presa y confiada al culpable para vigilarla o conducirla de un lugar a otro, y
- 4°. Con persona de uno u otro sexo que **no hubiere cumplido 14 años**, aunque no concurra ninguna de las circunstancias expresadas anteriormente.

Paraguay Edad 14 años

Código Penal de Paraguay de 1997

Art.135°.

1°. El que realizara actos sexuales con un niño o lo indujera a realizarlos en sí mismo o a terceros, será castigado con pena privativa de libertad de hasta tres años o con multa. Con la misma pena será castigado el que realizara actos sexuales manifiestamente relevantes ante un niño y dirigidos a él, o lo indujera a realizarlos ante sí o ante terceros.

2°. En los casos señalados en el inciso anterior la pena privativa de libertad será aumentada hasta cinco años cuando el autor:

1. Al realizar el hecho haya maltratado físicamente a la víctima en forma grave;
 2. Haya abusado de la víctima en diversas ocasiones; o
 3. Haya cometido el hecho con un niño que sea su hijo biológico, adoptivo o hijastro, o con un niño cuya educación, tutela o guarda esté a su cargo.
- 3°. Cuando concurren varios agravantes de los señalados en el inciso 2°, el autor será castigado con pena privativa de libertad de hasta seis años.
- 4°. En los casos señalados en el inciso 1°, la pena privativa de libertad será de dos a diez años cuando el autor haya realizado el coito con la víctima.
- 5°. Será castigado con pena de multa el que:
1. Realizara delante de un niño actos exhibicionistas aptos para perturbarle; o
 2. Con manifestaciones verbales obscenas o publicaciones pornográficas en los términos del artículo 14, inciso 3° se dirigiera al niño para estimularlo sexualmente o causarle rechazo respecto al sexo.
- 6°. Cuando el autor sea menor de diez y ocho años, se podrá prescindir de la pena.
- 7°. En los casos de los incisos 1° y 5° se podrá prescindir de la persecución penal, cuando el procedimiento penal intensificara desproporcionadamente el daño ocasionado a la víctima.
- 8°. Se entenderá por niño, a los efectos de este artículo, a la persona menor de catorce años.

Uruguay Edad 15 años

Código Penal

Art. 272°. Comete violación el que compele a una persona del mismo o de distinto sexo, con violencias o amenazas, a sufrir la conjunción carnal, aunque el acto no llegara a consumarse. La violencia se presume cuando la conjunción carnal se efectúa:

- 1°. Con persona del mismo o diferente sexo, **menor de quince años**. No obstante, se admitirá prueba en contrario cuando la víctima tuviere doce años cumplidos.
- 2°. Con persona que, por causas congénitas o adquiridas, permanentes o transitorias, se halle, en el momento de la ejecución del acto, privada de discernimiento o voluntad.
- 3°. Con persona arrestada o detenida, siempre que el culpable resulte ser el encargado de su guarda o custodia.
- 4°. Con fraude, sustituyéndose el culpable a otra persona.
Este delito se castiga, según los casos, con penitenciaría de dos a doce años.

La pena a aplicar en caso de tentativa se regulará por lo dispuesto en el artículo 87°; nunca será inferior a dos años de penitenciaría.

6. Países del mundo según la edad legal del consentimiento sexual

§ Países que recurren a un examen pericial: 03 países

Albania ²⁵⁷	Es determinada en cada caso por la decisión de un medico examinador.
Rusia (164)	No hay edad establecida por la ley. Puede ser establecido por el examen de un forense especial.
Ucrania (164)	Debe ser establecida por la decisión de un medico examinador.

§ Países donde no se establece legalmente : 07 países

Austria (164)	No esta determinado legalmente
Azerbaiyán (164)	No hay previsión con respecto a la edad de la relación sexual.
Bulgaria (164)	No existe edad legal para el consentimiento
Suráfrica	No hay edad estipulada por la ley.
Turquía (164)	No se precisa la edad legal del consentimiento sexual.

§ 12 años de edad : 05 países

Canadá (164)	12 (mujer) y 14 (hombre)	
Chile ²⁵⁸	12	C.P. de 1874 Art. 362°
Cuba ²⁵⁹	12	C.P. de 1987, Art. 298°.4
El Salvador ²⁶⁰	12	C.P. de 1997,Art. 159°

²⁵⁷ Estas referencias corresponden a la base de datos de la INTERPOL – Policía Internacional (Legislación sobre ofensas sexuales contra menores) www.interpol.int/Public/Children/SexualAbuse/NationalLaws

²⁵⁸ Código Penal del 21 de noviembre de 1874, Art. 362°. El que accediere carnalmente por vía vaginal, anal o bucal, a una persona menor de doce años, será castigado con presidio mayor en cualquiera de sus grados, aunque no concurra circunstancia alguna de las enumeradas en el artículo anterior. Código penal, edición oficial, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2004.

²⁵⁹ Código Penal, Ley N°. 62 del 29 de diciembre de 1987, Art. 298°.1. Se sanciona con privación de libertad de cuatro a diez años al que tenga acceso carnal con una mujer, sea por vía normal o contra natura, siempre que en el hecho concurra alguna de las circunstancias siguientes: a) usar el culpable de fuerza o intimidación suficiente para conseguir su propósito; (...) 4. En igual sanción que la prevista en el apartado anterior [15 a 30 años o muerte] incurre, el que tenga acceso carnal con menor de doce años de edad, aunque no concurran las circunstancias previstas en los apartados que anteceden. [Artículo modificado por el art. 15 de la Ley N°. 87 de 16 de febrero de 1999]. http://www.gacetaoficial.cu/codigo_penal_l2_t11.htm

²⁶⁰ Decreto Legislativo N° 1030, del 26 de abril de 1997. Art. 159°. El que tuviere acceso carnal por vía vaginal o anal con menor de doce años de edad o con otra persona aprovechándose de su enajenación mental, de su estado de inconsciencia o de su incapacidad de resistir, será

España ²⁶¹	12	C.P. de 1995, Art. 181º.2
Filipinas ²⁶²	12	C.P. de 1848, Art. 438º.3
Guatemala ²⁶³	12	C.P. de 1973, Art.173º
Honduras ²⁶⁴	12 salvo matrimonio	C.P. de 1983, Art.140º y Art. 151º
Namibia*	12	
México ²⁶⁵	12 de no mediar engaño	C.P. de 1931, Art. 266º
Venezuela ²⁶⁶	12	C.P. del 2000, Art. 375º.1

§ 13 años de edad : 09 países

sancionado con prisión de diez a catorce años. http://www.oas.org/Juridico/mla/sp/slv/sp_slv-int-textes-cp.html

- ²⁶¹ Ley Orgánica 10/1995, del 23 de noviembre, Art. 181º.1. El que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad sexual de otra persona, será castigado como culpable de abuso sexual con la pena de multa de doce a veinticuatro meses. 2. En todo caso, se consideran abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten: 1.Sobre menores de doce años. http://www.boe.es/q/es/bases_datos/doc.php?coleccion=iberlex&id=1995/25444]
- ²⁶² Código penal y Ley provisional para la aplicación de las disposiciones del mismo en las Islas Filipinas. De 1848, Art. 438º. La violación de una mujer será castigada con la pena de reclusión temporal. Se comete violación yaciendo con la mujer en cualquiera de los casos siguientes: 1. Cuando se usare de fuerza o intimidación. 2. Cuando la mujer se hallare privada de razón o de sentido por cualquiera causa. 3. Cuando fuere menor de doce años cumplidos, aunque no concurriera ninguna de las circunstancias expresadas en los dos números anteriores. <http://www.cervantesvirtual.com/FichaObra.html?Ref=2005>
- ²⁶³ Código Penal de Guatemala, Decreto 17-73, Art.173º.Comete delito o violación (...), 3. En todo caso, si la mujer fuere menor de doce años. En los casos prescritos la pena a imponer será de seis a doce años; Art. 200º. (...) la responsabilidad penal del sujeto activo o la pena, en su caso, quedarán extinguidas por el legítimo matrimonio de la víctima con el ofensor, siempre que aquella fuere mayor de doce años y, en todo caso, con la previa aprobación del Ministerio Público. <http://www.oj.gob.gt/es/QueEsOJ/EstructuraOJ/UnidadesAdministrativas/CentroAnálisisDocumentacionJudicial/cds/2004/PDFs/Codigos/CODIGO%20PENAL.pdf>
- ²⁶⁴ Código Penal, Decreto 144-83, Art.140º. El acceso carnal con personas de uno u otro sexo, ejerciendo sobre ella fuerza suficiente o intimidándola, con un mal grave e inminente, constituye el delito de violación. Se considera violación sexual, además, el acceso carnal del hombre con persona de uno u otro sexo, en los casos siguientes: 1) cuando la víctima fuere menor de doce años [Texto según el Decreto 59-97]; Art. 151º.- En los casos de estupro y en los de violación o rapto de mujer soltera, el delincuente quedará exento de toda pena sui contrajere matrimonio con ella, después de restituida a su casa u otro lugar seguro. <http://www.congreso.gob.hn/codigopenal.htm>
- ²⁶⁵ Código Penal Federal, Ley publicada el 14 de agosto de 1931, actualizado al 14 de agosto de 1931, Art. 266º. Se equipara a la violación y se sancionará con la misma pena: I. Al que sin violencia realice cópula con persona menor de doce años de edad .[<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/9.pdf>]
- ²⁶⁶ Código penal, Gaceta Oficial 5494 Extraordinario del 20 de octubre de 2000, Art. 375º. El que por medio de violencias o amenazas haya constreñido a alguna persona, del uno o del otro sexo, a un acto carnal, será castigado con presidio de cinco a diez años. // La misma pena se le aplicará al individuo que tenga un acto carnal con persona de uno u otro sexo, que en el momento del delito: 1. No tuviere doce años de edad. <http://www.mjuicio.com/leyes/codigos/6.pdf>

Argentina ²⁶⁷	13	C.P. de 1984, Art. 119°
Burkina Faso*	13	
Corea del Sur*	13	
Costa Rica ²⁶⁸	13	C.P. 1970, Art. 156°
Japón*	13 (mujer) y 18 (hombre)	The article 177° of the Penal Code
Nigeria*	13	
Siria*	13	

§ 14 años de edad : 28 países

Alemania ²⁶⁹	14	C.P. de 1871, Art. 176°
Austria*	14	
Bosnia –Herzegovina*	14	
Bostwana *	14 (mujer) y 16 (hombre)	
Brasil ²⁷⁰	14	C.P. de 1940, Art. 224°
Brunei*	14 (mujer) y 16 (hombre)	
Bulgaria*	14	

²⁶⁷ Ley 11.179, Texto Ordenado por Decreto 3992/84, del 21 de diciembre de 1984, Art. 119°. Será reprimido con reclusión o prisión de seis meses a cuatro años el que abusare sexualmente de persona de uno u otro sexo cuando, ésta fuera menor de trece años o cuando mediare violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder, o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción. [Modificado por la Ley 25084 del 14 de mayo de 1999 http://www.saij.jus.gov.ar/download/grt_codigo_penal.html]

²⁶⁸ Código Penal de Costa Rica, Ley N° 4573 del 04 de mayo de 1970, en vigor desde el 15 de mayo de 1971, Art. 156°. Será sancionado con pena de prisión de diez a dieciséis años, quien se haga acceder o tenga acceso carnal por vía oral, anal o vaginal, con una persona de uno u otro sexo, en los siguientes casos: 1) Cuando la víctima sea menor de trece años. [Texto conforme a la Ley 8590 del 18 de julio del 2007]. <http://www.pgr.go.cr/scij/>

²⁶⁹ Código Penal Alemán del 15 de mayo de 1871, actualizado al 31 de enero de 1998, Art. § 176. (1) Quien practique acciones sexuales en una persona menor de 14 años (niño) (...), será castigado con pena privativa de la libertad de seis meses hasta diez años. en casos menos graves con pena privativa de la libertad hasta cinco años o con multa; Art. § 176a. Abuso sexual grave de niños. (1) El abuso sexual de niños será castigado en los casos del § 176 incisos 1 y 2 con pena privativa de la libertad no inferior a un año, cuando: 1. una persona mayor de 18 años consume el acto carnal con el niño o ejecute en él acciones sexuales parecidas (...), que estén asociadas con una penetración en el cuerpo, (...); (3) En casos menos graves del inciso 1 se impondrá pena privativa de la libertad de tres meses hasta cinco años. (...). Ortiz de Noriega/Larios Sánchez/ Peg Ros/Monreal Diaz, Código Penal alemán, Código Procesal Penal alemán, Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2000.

²⁷⁰ Decreto Ley N° 2848 del 7 de diciembre de 1940. Art. 224°. Presumese a violència, se a vítima (ver Lei 8.072 de 25.7.90), a) não é maior de catorze anos; b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância; c) não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência. <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del2848.htm>

Canadá *	14	
China*	14	
Colombia ²⁷¹	14	C.P.del 2000, Art. 208º
Croacia *	14	
Estonia*	14	
Estonia*	14	
Georgia *	14	
Hungaria *	14	
Hungría*	14	
Islandia*	14	
Italia ²⁷²	14	C.P. de 1930, Art. 609º
Iceland*	14	
Liechtenstein*	14 si la disparidad de edad no es de más de 3 años.	
Lesotho*	14 (hombre) y 16 (mujer)	
Lithuania*	14	
Moldova*	14 (mujer) y 16 (hombre)	
Panamá ²⁷³	14	C.P. de 2007, Art. 172º
Serbia Montenegro *	14	
USA	Iowa	14 (mujer) y 16 (hombre)
	Missouri	14 (mujer) y 17 (hombre)
	South Carolina	14

§ 15 años de edad : 20 países

Dinamarca*	15	
Eslovenia*	15	

²⁷¹ Diario Oficial No. 44097, Ley 599 vigente desde el 24 de julio de 2000. Art. 208º. El que acceda carnalmente a persona menor de catorce (14) años, incurrirá en prisión de sesenta y cuatro (64) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses [Texto según la Ley 890 de 2004 <http://basedoc.superservicios.gov.co/basedoc/codigos.shtml>]

²⁷² Codice penale. R.D. 19 Ottobre 1930, N. 198. Art. 609. Quater Soggiace alla pena stabilita dall'articolo 609 bis chiunque, al di fuori delle ipotesi previste in detto articolo, compie atti sessuali con persona che, al momento del fatto: 1) non ha compiuto gli anni quattordici (...)/ Non è punibile il minorenne che, al di fuori delle ipotesi previste nell'articolo 609 bis compie atti sessuali con un minorenne che abbia compiuto gli anni tredici, se la differenza di età tra i soggetti non è superiore a tre anni. [Texto conforme a la Ley N° 66 del 15 febrero de 1996] http://www.poliziagiudiziaria.it/my_html/codicepenale.html

²⁷³ Ley N° 14, del 18 de mayo de 2007, Art. 172º. Las conductas descritas en el artículo anterior, aun cuando no medie violencia o intimidación, serán sancionadas con prisión de diez a quince años si el hecho se ejecuta: 1. Con persona que tenga menos de catorce años de edad. <http://www.gacetaoficial.gob.pa/pdfTemp/25796/4580.pdf>

Eslovaquia*	15	
Etiopia*	15	
Francia ²⁷⁴	15	C.P. de 2003, Art. 222º-24
Gineá *	15	
Grecia*	15	
Líbano*	15	
Mónaco*	15	
Polonia*	15 años	
República Checa*	15	
Rumania *	15	
Suecia*	15	
Tanzania*	15. Si se tiene acceso carnal con menor de 18 años, con o sin su consentimiento, se comete violación salvo se trate de su esposa a partir de los 15 años y no se separe del hombre. Previo matrimonio sin separación posterior	Ley del Acta N° 4 de 1971 (Secc.130 (2) del Código penal, enmienda de 1998.
Uruguay ²⁷⁵	15	C.P. de 1993, Art. 272º.1
USA- Colorado	15 (mujer) y 17 (hombre)	

§ 16 años de edad : 49 países

Algeria *	16	
Andorra *	16	
Antigua y Barbuda*	16	
Armenia *	16	
Aruba*	16	
Australia*	16 (mujer) 17 (hombre)	
Bahamas*	16	
Barbados *	16	
Belarus*	16 (mujer) 18 (hombre)	

²⁷⁴ Código Penal de Francia del 2003, Art. 222º-24 La violación se castigará con veinte años de reclusión criminal: 2º Cuando se haya cometido sobre un menor de quince años; [Ley 98-468 de 17 de junio de 1998 y Ley 2003-239 de 18 de marzo del 2003). <http://www.legifrance.gouv.fr/>

²⁷⁵ Código Penal, Ley N° 9.155 del 4 de diciembre de 1933, Art. 272º. Comete violación el que compele a una persona del mismo o de distinto sexo, con violencias y amenazas a sufrir la conjunción carnal, aunque el acto no llegara a consumarse. / La violencia se presume cuando la conjunción carnal se efectúa: 1) Con persona del mismo o diferente sexo, menor de quince años. No obstante, se admitirá prueba en contrario cuando la víctima tuviere doce años cumplidos; (...)/Este delito se castiga, según los casos, con penitenciaría de dos a doce años. http://www.parlamento.gub.uy/Codigos/CodigoPenal/Cod_Pen.htm

Bélgica*	16	
Belice*	16	
Bermuda*	16	
Bosnia*	16	
Brunei *	16	
Camboya*	16	
China Hong Kong*	16	Crimes Ord., Cap 200.
Chipre*	16	Criminal Code chapter 154º, article 154.
Dominica*	16	
Finlandia*	16	
Gran Bretaña*	16	
Guyana*	16	
Indonesia*	16 (mujer) y 19 (hombre)	
Jamaica*	16	
Kenia*	16	Section 143 of the Penal Code Cap. 63.
Kirguizistán*	16	
Letonia*	16	
Luxemburgo*	16	
Macao*	16	
Macedonia*	16	
Malasia*	16	
Mali*	16	
Mauritania*	16	
Mongolia*	16	
Nepal*	16	
Noruega*	16	
Países Bajos*	16	
Pakistán*	16 (mujer) y 18 (hombre)	
Portugal*	16	
Puerto Rico ²⁷⁶	16	C.P. de 2004, Art. 142º

²⁷⁶ Código penal de Puerto Rico, Ley N° 149 del 18 de junio de 2004, Art. 142º. Toda persona que lleve a cabo una penetración sexual, sea vaginal, anal, orogenital, digital o instrumental, en cualquiera de las circunstancias que se exponen a continuación incurrirá en delito grave de segundo grado severo: (a) Si la víctima al momento del hecho no ha cumplido dieciséis años. [Texto conforme a la Ley N° 338 del 16 de septiembre de 2004]. http://www.tribunalpr.org/CodigoPenal/acrobat/60-2004_0916-Ley-338-Ley-enmendatoria-al-nuevo-Codigo-Pena.PDF

San Cristóbal y Nieves*	16	
Senegal*	16	
Singapur*	16	
Suiza*	16	
Trinidad y Tobago*	16	Acta de las ofensas sexuales de 1986, enmienda Section 31 del Acta de 2000.
USA	Alabama, Alaska, Arkansas, Connecticut, D.C., Georgia, Indiana, Kansas, Kentucky, Maine, Maryland, Massachusetts, Michigan, Minnesota, Mississippi, Nevada, North Carolina, New Hampshire, New Jersey, Ohio, Oklahoma, Pennsylvania, Rhode Island, South Dakota, Vermont, West Virginia,	16
USA	Delaware, Florida, Idaho, Montana, Utah, Washington	16 (mujer) y 18 (hombre)
Uzbekistán*	16	
Zimbabwe*	16	

§ 17 años de edad : 03 países

Irlanda*	17	
	Illinois	17
	Louisiana	17
USA	Nebraska	17
	New Mexico	17
	New York	17
	Texas	17
Tayikistán*	17.	Código de Familia, artículo 13°.

§ 18 años de edad : 16 países

Belarrús*	18	
Bolivia ²⁷⁷	18	C.P. de 1972, Art. 308°
Bután*	18	
Burundi*	18	
Camboya*	18. En casos excepcionales se permite el matrimonio antes de los 20 (hombre) y antes de los 18 (mujer), si	Estado de embarazo

²⁷⁷ Código penal de Bolivia. Decreto Ley 10426 del 23 de agosto de 1972, Art. 308° El que tuviere acceso carnal con persona de uno u otro sexo, incurrirá en privación de libertad de cuatro a diez años, en los casos siguientes: Si se hubiere empleado violencia física o intimidación. 2) (...) Si la violación fuere a menor que no ha llegado a la edad de la pubertad, el hecho se sancionará con la pena de diez a veinte años de presidio (...) <http://www.fiscalia.gov.bo/fiscalia/jurisprudencia.htm>

	esta última esta embarazada, y si existe el consentimiento de sus parientes (padres) o de sus guardianes legales.	y consentimiento de padres
Ecuador ²⁷⁸	18	Ley 2005-2
Egipto*	18	The Child Law N°12.
Gabón*	18	
India *	18	
Kazajstán*	18	
Malta*	18	
República Dominicana ²⁷⁹	18	Ley 136-03, Art. 396
Sudan*	18	
Uganda*	18	
USA	Arizona, California, North Dakota, Oregon, Tennessee, Traveling Citizens, Virginia, Wisconsin	18
Yibuti*	18	

§ 20 años de edad : 01 países

	20. La tentativa es castigable. 13 años. El consentimiento no tiene valor antes. Si tiene más de 13 años y menos de 15 años, será castigado con 6 años de prisión.	Art. 227°
Túnez*	Si tiene más de 15 años y menos de 20 años cumplidos, será castigado con 5 años de prisión.	Art. 227° bis
	En los dos últimos casos, el matrimonio con la víctima cesa las persecuciones judiciales, que se reinician en caso de divorcio a petición de la víctima en el plazo de 2 años después del matrimonio.	Matrimonio posterior

§ 21 años de edad : 02 países

²⁷⁸ Código Penal (vigente desde el 22 de enero de 1971), Disposiciones Comunes a los delitos sexuales y de trata de personas. Artículo innumerado.- En los delitos sexuales, el consentimiento dado por la víctima menor de dieciocho años de edad, será irrelevante. (...) [Código penal. Título VIII De los delitos sexuales, reformado por la Ley 2005-2, Ley Reformatoria al Código Penal que Tipifica Los Delitos de Explotación Sexual de los Menores de Edad, publicada en el Registro Oficial No 45 de 23 de junio de 2005]. Anteriormente al edad se establecía en 14 años (art. 512.1 del C.P)

²⁷⁹ Ley 136-03 del 7 de agosto de 2003, Código para la Protección y los Derechos Fundamentales de los Niños, Niñas y Adolescentes, que deroga la Ley No. 14-94, Art. 396°. Se considera: (...) c) Abuso sexual: Es la practica sexual con un niño, niña o adolescente por un adulto, o persona cinco (5) años mayor, para su propia gratificación sexual, sin consideración del desarrollo sicosexual del niño, niña o adolescente y que puede ocurrir aun sin contacto físico. (...) <http://www.procuraduria.gov.do/PGR.NET/Dependencias/NNA/Nosotros/LEY%20136-06.pdf>

Camerún*	21	
Madagascar*	21	

§ A cualquier edad hasta contraer matrimonio: 03 países

Arabia Saudi*	En la ley islámica, solamente la cópula sexual dentro del matrimonial es legal. La edad común para la unión es 18 años. La cópula sexual extra-marital es ilegal sin importar la edad.	Previo Matrimonio
Bahrein*	Considerando que Bahrein es un país islámico, la actividad sexual debe ser sólo consecuencia del matrimonio a los 21 años.	Previo Matrimonio
Omán*	Las actividades sexuales no se permiten, excepto en la unión matrimonial a los 18 años.	Previo Matrimonio

04. PLENO JURISDICCIONAL REGIONAL PENAL SOBRE EXPLOTACIÓN SEXUAL Y COMERCIAL DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

Órgano	Cortes Superiores de Justicia
Cortes Superiores:	Cusco, Loreto, Madre de Dios, Callao, Cañete, Huaura, Lima Norte y Lima.
Tipo:	Plenario Jurisdiccional Regional
Participantes:	112 Magistrados (40 de Lima, 20 del Callao, 07 de Cañete, 06 de Cusco, 08 de Huaura, 20 de Lima Norte, 05 de Loreto y 06 de Madre de Dios).
Tema:	Explotación sexual y comercial de los niños, niñas y adolescentes.
Fecha:	10-11 de agosto de 2007

Sumilla: 1.- (...): Es posible rebajar la pena por debajo del mínimo legal (...) sin que concurran alguna de las causales de atenuación de la pena, en atención a los principios de proporcionalidad y razonabilidad debiendo de fundamentar en cada caso concreto.

22.- ¿Bajo qué circunstancias se pueden aplicar beneficios penitenciario en caso de delitos sexuales?. Si se puede aplicar haciendo un control difuso por cuanto atenta contra derechos humanos. // 26.- (...) La confesión sincera sin otras pruebas adicionales no permite dar por concluido el proceso, en vista de que se atentaría gravemente contra la Presunción de Inocencia (...). Salvo que al momento de acogerse a la conclusión anticipada, existan indicios suficientes que así lo determinen (...). // 27.- (...) ¿Bajo que circunstancias y/o condiciones se pueden aplicar beneficios penitenciarios en los casos de delitos sexuales contra menores?. Si se puede aplicar haciendo un control difuso por cuanto atenta contra derechos humanos. // 30.- (...) La autoinculpación no es suficiente para una sentencia condenatoria, si dice que acepta esta aceptando la cuestión fáctica, pero si el Juez ve que esa cuestión fáctica no se adecua a un tipo penal (...) la sala puede absolver (...). // 31.- (...) si ya había prole, se aplicaba el error culturalmente condicionado, el error de prohibición, sí constituyen atenuantes (...) [y] puede incidir en la graduación de la pena imponiéndose por debajo del mínimo legal. // 33.- (...) para no dejar desamparados a la víctima pero también a la prole, podemos imponer penas atenuadas dentro de las cuales está la pena suspendida acorde con el principio de proporcionalidad.

35.- (...) La Ley N° 28704 que modificaba el artículo 173 inciso tercero es incompatible con la Constitución Política y por lo tanto los jueces pueden hacer el control difuso inaplicandola a un caso concreto.

Lima, 10 y 11 de agosto de 2007

Los acuerdos plenarios adoptados después de la deliberación y votación, son los siguientes:

1.- Por Mayoría: Es posible rebajar la pena por debajo del mínimo legal, estando facultados los jueces a aplicar pena por debajo del mínimo establecido en la ley; sin que concurran alguna de las causales de atenuación de la pena, en atención a los principios de proporcionalidad y razonabilidad debiendo de fundamentar en cada caso concreto.

2.- Por Unanimidad: En cuanto a la pregunta: ¿Cuáles son los casos específicos de agravantes que ameriten sanciones drásticas al máximo posible de la pena?. Se llegó al siguiente acuerdo: Los casos en los que se puede aplicar sanciones drásticas se encuentran contemplados en el Código Penal; sin embargo estas deben ser aplicadas conforme a las reglas de valoración de las pruebas y elementos indiciarios en cada caso en concreto, estando a que los delitos de Violación de la Libertad Sexual se ha endurecido con las leyes en comento.

3.- Por Unanimidad: No es aplicable la reducción de la pena en casos de delitos sexuales en tanto permanece vigente la modificatoria del artículo 22 del Código Penal y se pide la derogatoria por la sustentación de tipo constitucional.

4.- Por Mayoría: La declaración prestada por el menor de catorce a dieciocho años de edad, ante el Fiscal de Familia, es prueba, siempre y cuando cuente con las garantías de un debido proceso.

5.- Por Unanimidad: En referencia a los artículos 170 al 174 del Código Penal, es perfectamente admisible la tentativa, claro está con las exigencias fácticas de cada uno de los tipos penales.

6.- Por Unanimidad: Con referencia al artículo 175 (Seducción) del Código Penal, el tipo penal descrito se ha reducido a su mínima expresión dada la Jurisprudencia vinculante expedida por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República en el Recurso de Nulidad N° 284-2004-JUNIN, resultando imposible la tentativa en este tipo penal.

7.- Por Unanimidad: En referencia al artículo 176 (actos contra el pudor) del Código Penal, no es posible que se configure la tentativa en este delito habida cuenta que el tipo exige el contacto directo del sujeto activo con el sujeto pasivo y al producirse ello el delito ya se consumó; conclusión que se hace extensiva al tipo penal contenido en el artículo 176 A del Código Penal (actos contra el pudor en menores de 14 años).

8.- Por Unanimidad: En referencia al artículo 179 (favorecimiento a la prostitución) del Código Penal no es posible que se configure la tentativa, estando a los verbos rectores del mismo, cual es promover o favorecer la prostitución de otra persona, por que considerar que cualquier acto orientado a la promoción o favorecimiento constituye la consumación del delito.

9.- Por Unanimidad: Con relación al artículo 179 A (usuario - cliente) del Código Penal si es posible que se configure la tentativa en este tipo de delito.

10.- Por Unanimidad: En referencia al artículo 180 (rufianismo) del Código Penal, el verbo rector es el que explota independientemente del destino final el dinero obtenido por una persona que ejerce la prostitución, no existiendo la posibilidad de la tentativa en este supuesto.

11.- Por Unanimidad: En referencia al artículo 181 (proxenetismo) del Código Penal, si es posible la tentativa en el supuesto que compromete o sustrae a una persona para entregar a otra con el objeto de tener acceso carnal.

12.- Por Unanimidad; No existe tentativa cuando exista sustracción con el mismo objeto ya que el mero hecho de sustraer a una persona de un determinado lugar, ya se consuma el tipo penal.

13.- Por Unanimidad: En referencia al artículo 181 A (turismo sexual infantil) del Código Penal si es posible que se configure la tentativa en este tipo penal siempre que el sujeto activo contrate a interpósita persona para su distribución y ésta aún no la distribuye.

14.- Por Unanimidad: En referencia al artículo 182 A (publicación en los medios de comunicación sobre delitos de libertad sexual) del Código Penal si es posible la tentativa si es que el medio impreso aún no ha sido distribuido, incluso en el hecho de los actos de diagramación, programación, etc., del medio de comunicación.

15.- Por Unanimidad: En referencia al artículo 183 y 183 A del Código Penal no existe posibilidad de que se configure a tentativa en estos tipos de delitos.

16.- El mecanismo de la entrevista única en los procesos penales es un medio eficaz en la administración de justicia, realizada con las garantías del caso, y, con la participación de un psicólogo, quien actuó como moderador de la entrevista, y, sólo excepcionalmente, mediante resolución debidamente fundamentada el Juez que resuelva el caso puede solicitar por una sola vez la presencia del menor a fin de recepcionar la declaración preventiva que le corresponde.

17.- Por Unanimidad: No es posible aplicar el principio de determinación alternativa en casos denunciados como seducción y asociar el tipo penal al más apropiado, por cuanto el Tribunal Constitucional ha declarado "Inconstitucional su aplicación" pero actualmente existe desvinculación de la acusación fiscal, que está normado en el artículo 285 inciso a" del Código de Procedimientos Penales.

18.- Por Unanimidad: ¿El delito de Seducción previsto y penado por el artículo 175 del Código Penal, ha sido derogado tácitamente por el inc. 3 del art. 173 del citado Código, pues no sería relevante el engaño cuando el acceso carnal se produce en agravio de menor de entre 14 y 18 años de edad? No ha sido derogado ni expresa ni tácitamente, porque contempla dos tipos penales propios, cuyos elementos objetivos — normativos y subjetivos son diferentes en cada uno de los tipos penales a que se refieren el artículo 179-A y el artículo 173 inc. 3 del Código Penal. Pues, para que se dé la derogatoria expresa, la Ley N° 28251 que fue dada con posterioridad, tenía que haberlo expresado así. Y en el caso de la derogatoria ficta, debería haber coincidencia plena de los dos tipos penales en comento, lo que no ocurre en el presente caso, por cuanto se ha introducido un elemento normativo distinto referido a la prestación económica o ventaja de cualquier naturaleza" en el tipo penal del art. 179 A del Código Penal.

19.- Por Unanimidad: En el caso del art. 175 del Código Penal no ha sido derogado pues para que se configure el tipo penal debe mediar el engaño.

20.- Por Unanimidad: ¿Es posible para el Magistrado aplicar el Principio de Determinación Alternativa en los casos denunciados como Seducción y asociar el tipo penal más apropiado? No es posible aplicar el principio de Determinación Alternativa en casos denunciados como seducción y asociar el tipo penal al más apropiado, por cuanto el Tribunal Constitucional ha declarado "Inconstitucional su aplicación" pero actualmente existe la Desvinculación de la Acusación Fiscal, que está normado en el artículo 285 inciso a" del Código de Procedimientos Penales.

21.- Por Unanimidad: Cuando se alega error de tipo, es necesario que la víctima declare, que concurra a juicio, siendo necesario que se aplique el principio de inmediación, que el juez este en contacto con la víctima.

22.- ¿Bajo qué circunstancias se pueden aplicar beneficios penitenciario en caso de delitos sexuales?. Si se puede aplicar haciendo un control difuso por cuanto atenta contra derechos humanos.

23.- Por Unanimidad: La ley 28122 se puede aplicar bajo las condiciones de flagrancia delictiva, teniéndose en consideración lo dispuesto por el artículo 259 del Nuevo Código Procesal Penal, modificado por el Decreto Legislativo N° 983 publicado el 22 de Julio del año dos mil siete. Teniendo como principios los siguientes: a) Principio de Proporcionalidad; b) De Oportunidad; c) De Interés de la Víctima; d) De Libertad y e) De Prueba Suficiente.

24.- Según lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley N° 28704 de 13 de Mayo del año dos mil seis, no obstante encontrarse prohibido los beneficios penitenciarios para los delitos de violación de la libertad sexual previsto en el artículo 173 del Código Penal, es procedente en los ilícitos previstos en los numerales 170, 171, 172 y 174 del C.P.

25.- Por Unanimidad: Continúa vigente el artículo 5° de la Ley N° 28122 (conformidad negociada) o Conclusión Anticipada del Debate o Juicio Oral, en el modelo inquisitivo del Código de Procedimientos Penales y por tratarse de una institución procesal autónoma y distinta a la anterior, es para todo tipo de delitos incluso complejos.

En el Nuevo Código Procesal Penal, la conclusión Anticipada se encuentra contemplada en el artículo 372° del Código Penal y no tiene limitaciones (si se trata de varios procesados el Juez puede aprobar acuerdos parciales, salvo se trate de bastantes procesados y su condición afecte o perjudique la investigación o si la acumulación resulte indispensable (ver parte in fine artículo 469° del Código Procesal Penal aplicándose en éste caso la discrecionalidad del Juez).

26.- Por Unanimidad: La confesión sincera sin otras pruebas adicionales no permite dar por concluido el proceso, en vista de que se atentaría gravemente contra la Presunción de Inocencia prevista en el artículo 2° inciso 24 apartado e) de nuestra Constitución Política Vigente, con este principio se asegura que cualquier ciudadano no sea condenado sin una mínima actividad probatoria que lo corrobore. Salvo que al momento de acogerse a la conclusión anticipada, existan indicios suficientes que así lo determinen, en vista que el juzgador, no obstante autoinculparse, el imputado, si no existen medios probatorios suficientes o se dan otros elementos de justificación, está facultado a absolverlo.

27.- Por Unanimidad: ¿Bajo que circunstancias y/o condiciones se pueden aplicar beneficios penitenciarios en los casos de delitos sexuales contra menores?. Si se puede aplicar haciendo un control difuso por cuanto atenta contra derechos humanos.

28.- Por Unanimidad: La Ley 28122 se puede aplicar bajo las condiciones de flagrancia delictiva, teniéndose en consideración lo dispuesto por el artículo 259 del Nuevo Código Procesal Penal, modificado por el Decreto Legislativo N° 983 publicado el 22 de Julio del 2007. teniéndose como principios los siguientes: a) Principio de Proporcionalidad; b) de Oportunidad; c) de Interés de la Víctima; d) De Libertad y e) De prueba suficiente.

29.- Por Unanimidad: La entrada en vigencia del artículo 468 del Nuevo Código Procesal Penal referido a la Conclusión Anticipada de la Instrucción Judicial, o procesos simples excepto para complejos cometidos por mas de cuatro personas, continuando vigente el artículo quinto de la citada norma (Ley 28122

- Conclusión Anticipada

30.- Por Unanimidad: ¿La confesión sincera sin otras pruebas adicionales, permite dar por concluido el proceso sin necesidad de continuar con el interrogatorio de las partes?. La autoinculpación no es suficiente para una sentencia condenatoria, si dice que acepta esta aceptando la cuestión fáctica, pero si el Juez ve que esa cuestión fáctica no se adecua a un tipo penal por mas que se haya autoinculpado y haya dicho soy el autor del delito, la sala puede absolver y ha ocurrido el caso; entonces, yo creo que aquí tiene relación con el segundo, si hay confesión se admite los cargos se da por concluido el proceso, pero eso no significa que esa conclusión obliga al juzgador se tiene que tener en cuenta el juicio de tipicidad y antijuricidad, para determinar si existe delito o no y en consecuencia aplicar una sanción.

31.- Por Unanimidad: La existencia de prole y/o concubinato habidos entre el agente y la víctima, ¿Constituyen atenuantes en los delitos sexuales? ¿Cómo pueden incidir en la graduación de la pena sin afectar el Principio del Interés Superior del Niño?. Se ha hecho un análisis según la Sentencia de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, si ya había prole, se aplicaba el error culturalmente condicionado, el error de prohibición, si constituyen atenuantes en tanto no medien amenaza, violencia para hacer sufrir el acto sexual, siendo su fundamento el artículo 45 inciso tercero del Código Penal y el interés Superior del niño, que puede incidir en la graduación de la pena imponiéndose por debajo del mínimo legal.

32.- Por Unanimidad: ¿Qué criterios legales y/o jurisprudenciales diferencian según el marco normativo actual, al tratante o proxeneta a fin de aplicar adecuadamente la normatividad vigente? Al respecto no hay todavía jurisprudencia contradictoria.

33.- Por Unanimidad: En los casos de delitos contra la libertad sexual, cuando existe prole, ¿Prima el interés superior del niño producto de la violación a recibir una pensión de víctima a la reparación, al castigo del agente por el delito cometido? ¿Cómo conciliar el conflicto que surge entre los intereses superiores de la prole y de la propia víctima?. Los intereses no son conciliables en abstracto, podemos decir como doctrina jurisprudencial en estos casos para no dejar desamparados a la víctima pero también a la prole, podemos imponer penas atenuadas dentro de las cuales está la pena suspendida acorde con el principio de proporcionalidad.

34.- Por Unanimidad: ¿Cuáles serían los medios de prueba más idóneos en el marco del Código Procesal Penal para determinar fehacientemente la culpabilidad en los casos de proxenetismo y personajes vinculados (facilitadores y/o intermediarios)? ¿Cuáles son los medios probatorios necesarios de prueba para determinar fehacientemente a los culpables de pornografía infantil?. Los Medios Probatorios que nos da el ordenamiento jurídico y están sujetos a la valoración del Juez.

35.- Por Mayoría: De acuerdo a la Ley N° 28704 que modificaba el artículo 173 inciso tercero es incompatible con la Constitución Política y por lo tanto los jueces pueden hacer el control difuso inaplicándola a un caso concreto.

§ 05. ACUERDO PLENARIO DE LA CORTE SUPREMA N° 7-2007/CJ-116

Órgano: Corte Suprema de Justicia de la Republica
Salas: Salas Penales Permanente y Transitorias
Pleno Jurisdiccional
Tipo: Acuerdo Plenario
N°: 7-2007/CJ-116
Concordancia: Art. 116° TUO LOPJ
Tema: Alcance interpretativo del art. 173.3 del Código penal, modificado por la Ley número 28704 para la determinación judicial de la pena
Fecha: 16 de noviembre de 2007

Sumilla: 9. (...) el tratamiento penal que establece el artículo 173°, inciso 3), del Código Penal (...) es abiertamente desproporcionado en su escala punitiva abstracta. (...)
10. (...) si el legislador reprime con penas (...) no mayores de seis años las relaciones sexuales (...) cuando media para ello engaño, contraprestación económica o ventaja de cualquier naturaleza, (...) no [se] debe tratar con mayor severidad (...) a quien realiza prácticas sexuales con una persona mayor de catorce años y menor de dieciocho años de edad que preste su pleno consentimiento (...).
11. (...) para una mejor determinación y justificación del tratamiento penal (...) [se] debe considerar también la concurrencia (...) de factores complementarios de atenuación como (...):
a) (...) diferencia etarea (...) no (...) excesiva. b) (...) vínculo sentimental (...). c) (...) costumbres y percepción cultural (...). d) La admisión (...) voluntaria en la causa (...).
12. (...) deberá atenuarse la pena, en los casos del artículo 173°, inciso 3) (...) hasta los límites considerados para (...) los artículos 175° y 179° A (...) que tratan de conductas semejantes, en las que incluso (...) median el engaño y la prestación económica como determinantes de la práctica sexual (...).
(...) si se asume (...) la plena vigencia de los artículos 44°, 46° y 241° del Código Civil que afirman (...) que las personas mayores de dieciséis años tienen una incapacidad relativa, que la prohibición absoluta está radicada en (...) menores de catorce años, y que pasada esa edad esa incapacidad cesa por matrimonio, entonces, cuando la relación sexual es voluntaria y el agraviado tiene entre dieciséis y dieciocho años de edad, es aplicable el artículo 20°, inciso 10), del Código Penal –que regula (...) [el] consentimiento- puesto que (...) tiene libre disposición de su libertad sexual (...) Pero si la relación sexual es voluntaria y el agraviado tiene entre catorce y dieciséis años de edad, (...) se aplicará una pena acorde con lo previsto en los artículos 175° y 179° A del Código Penal.

Lima, dieciséis de noviembre de dos mil siete.-

Los Vocales de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisprudencial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo veintidós del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES.

1. Las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, acordaron realizar un Pleno Jurisdiccional de los Vocales de lo Penal, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto por los artículos 22° y 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

2. Para estos efectos, con carácter preparatorio, se delimitó el ámbito de las Ejecutorias Supremas que correspondían analizar y se aprobó revisar las decisiones dictadas en 2006. A continuación, el Equipo de Trabajo designado al efecto, bajo la coordinación del señor San Martín Castro, presentó a cada Sala un conjunto de Ejecutorias que podían cumplir ese cometido. Las Salas Permanente y Transitorias, en sesiones preliminares, individual y en conjunto, resolvieron presentar al Pleno las Ejecutorias que estimaron procedentes, y que constan las carpetas de discusión y materiales que se distribuyeron a cada uno de los señores Vocales Supremos de lo Penal.

3. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia las Ejecutorias Supremas en las que la aplicación del inciso 3) del artículo 173° del Código Penal recaía sobre imputados mayores de 18 años y menores de 21 años de edad, a quienes se les impuso penas privativas de libertad no menores de 25 años.

4. En tal virtud, se resolvió invocar el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. Dada la complejidad y especiales características del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en las Ejecutorias Supremas analizadas, se decidió redactar un Acuerdo Plenario incorporando los fundamentos jurídicos correspondientes necesarios para configurar una doctrina legal y disponer su carácter de precedente vinculante.

5. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se designó como ponentes a los señores Villa Stein, Prado Saldarriaga y Lecaros Cornejo, quienes expresan el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS.

6. El artículo 22°, párrafo segundo, del Código Penal excluye el efecto atenuante que dicha norma establece en su párrafo inicial, para *"...el agente que haya incurrido en delito de violación de la libertad sexual, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, terrorismo agravado, atentado contra la seguridad nacional y traición a la Patria u otro delito sancionado con pena privativa de libertad no menor de veinticinco años o cadena perpetua"*.

7. Por otro lado, el artículo 173°, inciso 3), del Código Penal incorpora una prohibición y una penalidad excesivas en relación con otros delitos similares. Es así, por ejemplo, que el delito de abuso deshonesto o actos contra el pudor de menores, tipificado en el artículo 176° A del citado Código considera atípica la realización de tales actos si hay consentimiento y el sujeto pasivo tiene catorce o más años de edad.

De igual manera, el artículo 179° A del texto punitivo sólo reprime con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años, al que *"...mediante una prestación económica o ventaja de cualquier naturaleza, tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías con una persona de catorce y menor de dieciocho años"*. Finalmente, el artículo 175° del aludido Código sanciona con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años, a quien *"...mediante engaño tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o introduce objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, a una persona de catorce años y menos de dieciocho años"*.

8. Al respecto, se tiene presente, como reconoce la doctrina y la jurisprudencia nacionales, el principio de proporcionalidad o de prohibición de o en exceso, incorporado positivamente en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal, en cuya virtud: "...la pena debe ser adecuada al daño ocasionado al agente, según el grado de culpabilidad y el perjuicio socialmente ocasionado" (FELIPE VILLAVICENCIO TERREROS: *Derecho Penal – Parte General*, Editorial Grijley, Lima, dos mil seis, páginas ciento quince y ciento dieciséis). Por consiguiente, es función del órgano jurisdiccional ejercitar y desarrollar con mayor énfasis la proporcionalidad concreta de la pena, cuando la proporcionalidad abstracta de la misma no ha sido respetada por el legislador, dentro de las posibilidades que permite el ordenamiento jurídico en su conjunto y, en especial, de los principios y valores que lo informan.

En consecuencia, desde la perspectiva sustancial del principio de proporcionalidad, es necesario adecuar la cantidad y la calidad de la pena al daño causado a la víctima, al perjuicio que con el delito de inflige a la sociedad y al grado de culpabilidad, así como al costo social del delito [entendido en su relación con sus consecuencias sociales y para el imputado –influencia en su mundo personal, familiar y social-] (ÁLVARO PÉREZ PINZÓN: *Introducción al Derecho Penal*, Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, dos mil cinco, páginas ciento nueve y ciento doce).

9. A la luz de los antecedentes normativos y jurisprudencia evaluados se ha demostrado que el tratamiento penal que establece el artículo 173°, inciso 3), del Código Penal –incluso si se tiene en cuenta delitos de una indudable mayor contenido de injusto, tales como los delitos contra la vida- es abiertamente desproporcionado en su escala punitiva abstracta. Por consiguiente, deben explorarse y desarrollarse propuestas jurisprudenciales que permitan alcanzar desde la determinación judicial de la pena una proporcionalidad concreta, adecuada y equitativa, en base a las circunstancias particulares del caso y a las condiciones especiales de los sujetos del delito.

10. En este contexto es pertinente sostener que si el legislador reprime con penas privativas de libertad no mayores de seis años las relaciones sexuales que mantiene el agente con el sujeto pasivo cuando media para ello engaño, contraprestación económica o ventaja de cualquier naturaleza, el órgano jurisdiccional no debe tratar con mayor severidad –por lo contradictorio e impicante que ello significaría desde las propias normas penales vigentes- a quien realiza prácticas sexuales con una persona mayor de catorce años y menor de dieciocho años de edad que preste su pleno consentimiento para dicha relación sin que medie ninguna presión o vicio de conciencia.

11. Ahora bien, para una mejor determinación y justificación del tratamiento penal privilegiado del agente, en los términos anteriormente señalados, el órgano jurisdiccional debe considerar también la concurrencia en el caso *sub judice*, y según sus propias particularidades, de factores complementarios de atenuación como los siguientes:

- a) Que la diferencia etarea entre los sujetos activo y pasivo no sea excesiva.
- b) Que exista entre los sujetos activo y pasivo un vínculo sentimental carente de impedimentos o tolerado socialmente.
- c) Que las costumbres y percepción cultural de los sujetos postule la realización de prácticas sexuales o de convivencia a temprana edad.
- d) La admisión o aceptación voluntaria en la causa por el sujeto activo de las prácticas sexuales realizadas.

12. Desde esta perspectiva, deberá atenuarse la pena, en los casos del artículo 173°, inciso 3), del Código Penal hasta los límites considerados para los delitos tipificados en los artículos 175° y 179° A del Código acotado que tratan de conductas semejantes, en las que incluso –como se ha indicado- median el engaño y la prestación económica como determinantes de la práctica sexual antijurídica.

Por otro lado, si se asume, como corresponde, la plena vigencia de los artículos 44°, 46° y 241° del Código Civil que afirman la plena capacidad de las personas mayores de dieciocho años, que las personas mayores de dieciséis años tienen una incapacidad relativa, que la prohibición absoluta está radicada en las mujeres menores de catorce años, y que pasada esa edad esa incapacidad cesa por matrimonio, entonces, cuando la relación sexual es voluntaria y el agraviado tiene entre dieciséis y dieciocho años de edad, es aplicable el artículo 20°, inciso 10), del Código Penal –que regula la institución del consentimiento- puesto que con arreglo a lo precedentemente expuesto tiene libre disposición de su libertad sexual, al punto que la ley civil autoriza que pueda casarse. Pero si la relación sexual es voluntaria y el agraviado tiene entre catorce y dieciséis años de edad, como se ha dejado sentado y conforme a las pautas ya señaladas, se aplicará una pena acorde con lo previsto en los artículos 175° y 179° A del Código Penal.

Es claro, por lo demás, que cuando el acceso carnal con una persona entre catorce y dieciocho años de edad no es voluntario, y se hace con violencia o amenaza, aprovechando el estado de inconsciencia de la víctima o cuando esta última es incapaz, es de aplicación en toda su extensión punitiva el artículo 173°, inciso 3), del Código Penal.

III. DECISIÓN.

13. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; por unanimidad:

ACORDARON:

14. ESTABLECER como doctrina legal, conforme a los fundamentos jurídicos nueve al doce, los criterios para el alcance interpretativo del inciso 3) del artículo 173° del Código Penal, modificado por la Ley número 28704 en cuanto a la determinación judicial de la pena. A estos efectos, los Jueces y Salas Penales deberán tener en cuenta, obligatoriamente, los criterios indicados en dichos párrafos.

15. PRECISAR que el principio jurisprudencial que contiene la doctrina legal antes mencionada debe ser invocado por los Magistrados de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

16. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el Diario Oficial “El Peruano”.

Hágase saber.

SS. Salas Gamboa; Sivina Hurtado; San Martín Castro; Villa Stein; Prado Saldarriaga; Rodríguez Tineo; Lecaros Cornejo; Valdez Roca; Molina Ordoñez; Príncipe Trujillo; Santos Peña; Calderón Castillo; Rojas Maraví; Urbina Garvini.

§ 06. ACUERDO PLENARIO DE LA CORTE SUPREMA N° 4-2008/CJ-116

Órgano	Corte Suprema de Justicia de la República
Salas:	Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial IV Pleno Jurisdiccional
Tipo:	Acuerdo Plenario
N°	4-2008/CJ-116
Concordancia:	Art. 116° TUO LOPJ
Tema:	Aplicación del art. 173° del Código penal, modificado por la Ley N° 28704
Fecha:	18 de julio de 2008

Sumilla: 6. El art. 173°, inciso 3(...), modificado por la Ley 28704 (...). Incluso criminaliza la relación sexual (...) con un adolescente (...) que haya prestado su consentimiento (...). Por otra parte el art. 20°, inciso 10) (...) establece como (...) causal de exención de pena (...) [el] consentimiento (...). // 7. (...) corresponde establecer (...) desde qué edad una persona tiene libertad para disponer de su sexualidad (...)./// El Código Civil, aparentemente, [lo] determina (...) en sus arts. 44°, 46° y 241° [al decir] que la persona mayor de dieciséis y menor de dieciocho (...) es incapaz relativa, y (...) está en condiciones de contraer matrimonio (...). // 8. Sin embargo,...) existen otras normas (...) que permiten variar el enfoque (...) Así, el art. 175° del Código Penal, (...) seducción, sanciona (...) [las] relaciones sexuales con una persona (...) [de] entre catorce años y dieciocho años (...) por medio del engaño. Esta norma trae como (...) conclusión que (...) tiene, en principio, libertad para disponer de su sexualidad (...). /// (...) el art. 176°-A (...) atentado al pudor (...), castiga a quien realiza sobre un menor de catorce años o le obliga a efectuar sobre sí mismo o tercero tocamientos indebidos (...) contrarios al pudor, mientras el art. 176° (...) comprende tales actos realizados a los mayores de esa edad,...) [con] violencia o grave amenaza. El análisis sistemático de estas dos últimas normas permite concluir que los mayores de catorce años, en ejercicio de su libertad sexual, pueden consentir, sin que sea penado, que se les haga tales tocamientos, lo que importa una causa genérica de atipicidad. 9. (...) [existe] contradicción entre las disposiciones del Código Civil y del art. 173°.3) del Código Penal, y entre las normas (...) [del] Derecho penal sexual nacional (...). En tal virtud, debe aplicarse la Ley más favorable al reo conforme (...) [al] art. 139°, inciso 11), de la Constitución (...)./// (...) en cuanto a la exención de responsabilidad penal por consentimiento (...) debe ampliarse (...) a toda relación sexual voluntaria (...) con adolescentes de catorce a dieciocho años de edad. // 10. (...) El artículo 22° (...), modificado por la Ley 27024 [que] faculta reducir la pena a los agentes entre 18 y 21 años // (...) Empero (...) introduce (...) excepciones en función al delito cometido, no a la culpabilidad (...) y a la necesidad preventiva de pena, como pudiera parecer coherente con el fundamento material de la imputabilidad. Así, *"Está excluido el agente (...) de violación (...) sexual, [...] sancionado con pena privativa de libertad no menor de veinticinco años o cadena perpetua"*. // 11. (...) // Los jueces (...) [están] habilitados a pronunciarse (...) por la inaplicación del párrafo segundo del art. 22° del Código Penal, si estiman que (...) introduce una discriminación (...) que impide un resultado jurídico legítimo. 12. (...) carece de trascendencia la diferencia de edades (...) o el vínculo sentimental (...), en tanto (...) no medie violencia, grave amenaza o engaño (...)./// (...) las pautas culturales, las costumbres o la cultura en la que el agente ha formado su personalidad (...) han de ser consideradas por el juez (...) y a sus características personales y condición social. De igual manera, el juez podrá tomar en cuenta su declaración y valorarla conforme a los efectos atenuatorios (...) [del] artículo 136° del Código de Procedimientos Penales (...).

Lima, dieciocho de julio de dos mil ocho.-

Los Vocales de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisprudencial, de conformidad con lo

dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES.

1. Las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, y a instancia del Centro de Investigaciones Judiciales, acordaron realizar el IV Pleno Jurisdiccional de los Vocales de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2. Para estos efectos se realizaron reuniones preparatorias sucesivas para delimitar el ámbito de las materias que debían abordarse. Se decidió tomar como referencia la labor jurisdiccional de las Salas Penales de la Corte Suprema de los dos últimos años judiciales y el conjunto de preocupaciones de la judicatura nacional, expresadas en decisiones recurridas, sobre aspectos jurídicamente sensibles del diario quehacer judicial. En tal virtud, con el apoyo de la Secretaría Técnica designada al efecto – órgano de apoyo encargado, asimismo, de la elaboración de los materiales de trabajo-, se definió la agenda del IV Pleno Jurisdiccional Penal, concretándose los temas, de derecho penal y procesal penal, que integrarían el objeto de los Acuerdos Plenarios. A su vez se designó a los señores Vocales Supremos encargados de preparar las bases de la discusión de cada punto sometido a deliberación y de elaborar el proyecto de decisión. Además, se estableció que el Vocal Supremo designado sería el ponente del tema respectivo en la sesión plenaria y encargado de redactar el Acuerdo Plenario correspondiente.

3. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia las Ejecutorias Supremas que analizan y deciden sobre la aplicación del artículo 173° inciso 3) del Código Penal, modificado por Ley N° 28704, referido al delito de violación de menores de edad, entre catorce y dieciocho años, y el Acuerdo Plenario N° 7-2007/CJ-116, del dieciséis de noviembre de dos mil siete. Específicamente los temas materia de análisis se refieren a (1) la ampliación de la no punibilidad en el supuesto de relaciones sexuales voluntarias con un menor de edad entre catorce y dieciséis años; (2) la aplicación de responsabilidad restringida cuando el autor tiene entre dieciocho y veintiún años de edad; y, finalmente, (3) el alcance del fundamento jurídico undécimo del Acuerdo Plenario anotado líneas arriba, referido a factores complementarios de atenuación de la pena.

4. En cumplimiento a lo debatido y acordado en las reuniones preparatorias se determinó que en la sesión plenaria se procedería conforme a lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. Dada la complejidad y singulares características del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en las diversas Ejecutorias Supremas que se invocaron como base de la discusión, se decidió redactar el presente Acuerdo Plenario e incorporar con la amplitud necesaria los fundamentos jurídicos correspondientes para configurar una doctrina legal que responda a las preocupaciones anteriormente expuestas. Asimismo, se resolvió decretar su carácter de precedente vinculante, en concordancia con la función de unificación jurisprudencial que le corresponde a la Corte Suprema de Justicia como cabeza y máxima instancia jurisdiccional del Poder Judicial.

5. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se ratificó como ponente al señor LECAROS CORNEJO, quien expresa el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§. 1 El sub tipo legal agravado del art. 173°.3) del Código Penal.

6. El artículo 173°, inciso 3), del Código Penal, modificado por la Ley 28704 publicada el cinco de abril de dos mil seis, establece como nueva modalidad del sub tipo penal agravado la violación de un menor de edad cuya edad fluctúa entre catorce y dieciocho años. Incluso criminaliza la relación sexual sostenida con un adolescente de esas características que haya prestado su consentimiento. De acuerdo a este dispositivo el sujeto activo puede ser cualquier persona mayor de dieciocho años de edad y el sujeto pasivo un menor, hombre o mujer, mayor de catorce años pero menor de dieciocho años. Por otra parte el artículo 20°, inciso 10), del Código Penal, establece como una causal de exención de pena la circunstancia que el titular del bien jurídico protegido de libre disposición, en este caso el sujeto pasivo, haya prestado su consentimiento para la afectación de dicho bien.

En consecuencia, es menester analizar si la libertad sexual o, en su caso, la indemnidad sexual son bienes jurídicos de libre disposición, y si un menor cuya edad está entre los catorce y dieciocho años tiene capacidad jurídica para disponer de dicho bien.

7. Planteado así el problema, es de entender como libertad sexual la capacidad legalmente reconocida que tiene una persona para autodeterminarse en el ámbito de su sexualidad, y como indemnidad sexual la preservación de la sexualidad de una persona cuando no está en condiciones de decidir sobre su actividad sexual: menores e incapaces. En ambos casos es evidente que el fundamento material de las infracciones que las comprende es el derecho a una actividad sexual en libertad. Bajo estas premisas, corresponde establecer, desde la Constitución y las normas legales vigentes, desde qué edad una persona tiene libertad para disponer de su sexualidad y, por consiguiente, hasta cuándo el Estado tiene el deber de criminalizar conductas asociadas a la vulneración de la indemnidad sexual.

El Código Civil, aparentemente, determina ese punto al establecer en sus artículos 44°, 46° y 241° que la persona mayor de dieciséis y menor de dieciocho años de edad es incapaz relativa, y que está en condiciones de contraer matrimonio. Ese plexo normativo, de un lado, implicaría que quien tiene esa edad tiene la capacidad necesaria para autodeterminarse y dirigir sus decisiones de acuerdo a sentido respecto a su vida sexual; y, de otro lado, zanjaría la cuestión desde la perspectiva jurídico penal. Desde esa base normativa fue que se redactó el duodécimo fundamento jurídico del Acuerdo Plenario N° 7-2007/CJ-116, con carácter vinculante.

8. Sin embargo, es de señalar que existen otras normas, igualmente vigentes, que se refieren al tema e integran figuras jurídico penales clásicas de nuestro Derecho punitivo, que permiten variar el enfoque del problema. Así, el artículo 175° del Código Penal, que contempla el tipo legal de seducción, sanciona al que mantiene relaciones sexuales con una persona que se encuentra en una edad cronológica comprendida entre catorce años y dieciocho años, viciando su voluntad por medio del engaño. Esta norma trae como inevitable conclusión que la víctima tiene, en principio, libertad para disponer de su sexualidad, libertad que sin embargo ha sido afectada por un consentimiento obtenido mediante un medio ilícito (engaño).

De igual manera, el artículo 176°-A del mismo Código, que tipifica el delito de atentado al pudor de menores, castiga a quien realiza sobre un menor de catorce años o le obliga a efectuar sobre sí mismo o tercero tocamientos indebidos en sus partes íntimas o actos libidinosos contrarios al pudor, mientras el artículo 176° del Código Penal comprende tales actos realizados a los mayores de esa edad, siempre que el sujeto activo ejerza violencia o grave amenaza. El análisis sistemático de estas dos últimas normas permite concluir que los mayores de catorce años, en ejercicio de su libertad sexual, pueden consentir, sin que sea penado, que se les haga tales tocamientos, lo que importa una causa genérica de atipicidad.

9. Tal como se ha visto, y con independencia de toda concepción moral o valoración social –que pugnaría con el reconocimiento del carácter pluralista de la sociedad-, existe objetiva contradicción entre las disposiciones del Código Civil y del artículo 173°.3) del Código Penal, y entre las normas que

configuran el propio Código Penal –los diversos tipos legales que integran el denominado Derecho penal sexual nacional-, todas ellas actualmente vigentes. En tal virtud, debe aplicarse la Ley más favorable al reo conforme a lo dispuesto por el artículo 139°, inciso 11), de la Constitución.

Uno de los supuestos de la referida norma constitucional tiene como elemento esencial la existencia de normas contradictorias entre sí, que obliga al juzgador a la aplicación de la ley más favorable. Esta cláusula constitucional se funda, como afirma RUBIO CORREA, MARCIAL, “...*en que si la sociedad tiene dos consideraciones simultáneas sobre el mismo hecho y va a sancionar, es razonable que se elija la sanción menor o la consideración menos grave: así se tomará como criterio social el de mayor benignidad y se restringirá en menor grado los derechos del reo...*” (*Estudio de la Constitución Política de 1993*, Tomo 5, Pontificia Universidad Católica del Perú – Fondo Editorial, Lima, mil novecientos noventa y nueve, página ciento doce).

Por tanto, en cuanto a la exención de responsabilidad penal por consentimiento del titular del bien jurídico afectado, aplicable al delito de violación sexual a que se refiere el artículo 173°, inciso 3), del Código Penal, debe ampliarse el duodécimo fundamento jurídico del Acuerdo Plenario N° 7-2007/CJ-116 a toda relación sexual voluntaria mantenida con adolescentes de catorce a dieciocho años de edad. Es menester, en consecuencia, dejar sin efecto dicho Acuerdo Plenario en lo relativo a la penalidad atenuada cuando el sujeto pasivo es menor de dieciséis años y mayor de catorce años.

§ 2. La imputabilidad restringida por razón de la edad y control difuso.

10. Igualmente debe establecerse si para los casos de delitos de violación de la libertad sexual se aplica o no la atenuación de pena por responsabilidad restringida, al colisionar el segundo párrafo del artículo veintidós del Código sustantivo con el principio – derecho fundamental de igualdad ante la Ley.

El artículo 22° del Código Penal, modificado por la Ley número veintisiete mil veinticuatro, del veinticinco de diciembre de mil novecientos noventa y ocho, establece en su primer párrafo la regla general. Dice: “*Podrá reducirse prudencialmente la pena señalada para el hecho punible cometido cuando el agente tenga más de dieciocho y menos de veintiún años, o más de sesenta y cinco años, al momento de realizar la infracción*”. Empero, en su segundo párrafo introduce diversas excepciones en función al delito cometido, no a la culpabilidad del autor y a la necesidad preventiva de pena, como pudiera parecer coherente con el fundamento material de la imputabilidad. Así, “*Está excluido el agente que haya incurrido en delito de violación de la libertad sexual, [...] y otro delito sancionado con pena privativa de libertad no menor de veinticinco años o cadena perpetua*”.

Sobre el particular es de mencionar que existe pronunciamiento de la Sala Constitucional Permanente de la Corte Suprema que, desaprobando una sentencia consultada que hizo control difuso e inaplicó dicho segundo párrafo del artículo veintidós del Código Penal, declaró que dicha norma penal no se contrapone a la Constitución. Esa decisión obliga a establecer si tiene, a su vez, carácter vinculante; y, por ende, si clausura la discusión judicial.

11. El sistema de control de la constitucionalidad de las leyes que asume nuestra Ley Fundamental es tanto concentrado como difuso. El primer modelo es de exclusiva competencia material del Tribunal Constitucional, mientras el segundo corresponde a los jueces ordinarios, que lo ejercen en cada caso particular. Desde esta perspectiva, no corresponde al Pleno Jurisdiccional Penal adoptar un Acuerdo vinculante pronunciándose sobre la legitimidad constitucional de la norma en cuestión, pues –por sus efectos- invadiría las atribuciones exclusivas del Tribunal Constitucional y restaría competencia a la Sala Constitucional de este Supremo Tribunal.

El control difuso, como ya se anotó, es de aplicación por todos los jueces de la jurisdicción penal ordinaria. Como tal, los jueces tienen incluso la obligación de inaplicar las normas pertinentes que coliden con la Constitución, sin perjuicio que por razones de seguridad y garantía de unidad de

criterio, corresponda la consulta a la Sala Constitucional de la Corte Suprema. Los efectos generales de una sentencia judicial, por su propia excepcionalidad, exige no sólo una norma habilitadora sino también una decisión específica, que así lo decida, de dicha Sala Jurisdiccional de la Corte Suprema. Y, la única posibilidad, legalmente aceptable, sería que dicha Sala siga el procedimiento establecido en el artículo 22° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que por lo demás no ha utilizado en el presente caso.

Los jueces penales, en consecuencia, están plenamente habilitados a pronunciarse, si así lo juzgan conveniente, por la inaplicación del párrafo segundo del artículo 22° del Código Penal, si estiman que dicha norma introduce una discriminación –desigualdad de trato irrazonable y desproporcionada, sin fundamentación objetiva suficiente-, que impide un resultado jurídico legítimo.

§ 3. Factores complementarios establecidos en el FJ 11° del Acuerdo Plenario N° 7-2007/CJ-116.

12. Como consecuencia de las consideraciones anteriormente expuestas, es necesario determinar la vigencia o no del undécimo fundamento jurídico del Acuerdo Plenario N° 7-2007/CJ-116. Sobre el particular es de enfatizar que al haberse dejado establecida la exención de responsabilidad penal para toda relación sexual voluntaria con adolescentes que cuentan con catorce años de edad o más, carece de trascendencia la diferencia de edades que haya entre sujeto activo y pasivo o el vínculo sentimental que exista entre ellos, en tanto en cuanto no medie violencia, grave amenaza o engaño –este último sólo relevante en el delito de seducción-. Es evidente, por lo demás, que existirá delito –de acceso carnal sexual o actos contrarios al pudor- cuando se coarta, limita o anula la libre decisión de una persona en relación con su actividad sexual, para cuya determinación: ausencia de consentimiento válidamente prestado por el sujeto pasivo, ha de acudirse al conjunto de circunstancias del caso concreto.

Asimismo, como ha quedado expuesto, las pautas culturales, las costumbres o la cultura en la que el agente ha formado su personalidad –entendida esta última como el sistema de normas o pautas de comportamiento que condicionan la manera en que una persona reacciona en una situación determinada- han de ser consideradas por el juez conforme a los recaudos de la causa y a sus características personales y condición social. De igual manera, el juez podrá tomar en cuenta su declaración y valorarla conforme a los efectos atenuatorios que establece el artículo 136° del Código de Procedimientos Penales, siempre que se cumplan los presupuestos y requisitos correspondientes.

Por todo ello los mencionados factores complementarios de atenuación, que en el citado Acuerdo Plenario se destacaron, han perdido vigencia.

III. DECISIÓN

13. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; por unanimidad;

ACORDARON:

14. **ESTABLECER** como doctrina legal, el contenido de los fundamentos jurídicos seis a doce.

15. **PRECISAR** que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los Magistrados de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116° del estatuto orgánico.

16. **PUBLICAR** el presente Acuerdo Plenario en el Diario Oficial “El Peruano”. Hágase saber.

GONZALES CAMPOS; SAN MARTÍN CASTRO; VILLA STEIN; LECAROS CORNEJO; PRADO SILDARRIAGA; RODRÍGUEZ TINEO; VALDEZ ROCA; ROJAS MARAVÍ; PONCE DE MIER; MOLINA ORDOÑEZ; SANTOS PEÑA; VINATEA MEDINA; PRÍNCIPE TRUJILLO; PARIONA PASTRANA; ZECENARRO MATEUS; CALDERÓN CASTILLO; URBINA GANVINI.

JURISPRUDENCIA

a) SUMILLAS:

JURISPRUDENCIA NACIONAL

§01. Consulta: 2716-2007 (07 de noviembre de 2007)

Noveno: (...) [si] ambas personas son adolescentes (...) se convertirán en “infractores” lo que supone que se verán involucrados en un proceso judicial ante un juzgado de familia (...).

Decimo Tercero: (...) la determinación el inicio de la actividad sexual (...) no puede estar impuesta por una ley positiva, en atención a criterios subjetivos preestablecidos o meramente cronológicos (...).

Vigésimo Cuarto: (...) la menor (...) ha manifestado (...) que las relaciones (...) se han realizado con su consentimiento (...) [y] no ha hecho otra cosa que decidir sobre su propia actividad sexual, (...) manifestación (...) del derecho (...) a su libre desarrollo y bienestar personales (...) reconocidos en (...) la Constitución.

Vigésimo Sexto: (...) mantener una legislación (...) con penas desproporcionadas contradice la realidad social (...); no obstante (...), mientras subsista la normatividad civil respecto a la incapacidad absoluta de menores de dieciséis años, colisionaría con la exención penal de quien ha mantenido relaciones sexuales con persona de entre catorce y dieciseis años pues a pesar del artículo 46 glosado su incapacidad absoluta sólo cesa para ciertos actos y sólo cuando el hecho punible ya ha sucedido, por lo que a este respecto la criminalización no resultaría inconstitucional.

Vigésimo Séptimo: (...) en el presente caso el juzgador ha olvidado de que los menores de dieciséis años de edad, a tenor (...) [del] artículo 43 (...) del código civil (...) [son] incapaces absolutos [y] no tendrían un desarrollo integral suficiente para discernir las consecuencias del delito imputado (...)

Vigésimo Octavo: (...) es necesario realizar (...) precisiones sobre la desproporcionalidad de la pena (...) dado que puede suceder que la norma legal no haya previsto (...) hechos (...) dentro de una determinada realidad social, así, por citar un ejemplo, las relaciones sexuales consentidas entre adolescentes menores de edad (...).

Trigésimo Sexto: (...) la actividad sexual de los adolescentes resulta ser una realidad (...) [y] la aplicación de la norma penal (...) sin los criterios de de atenuación (...) ya señalados implicaría una desproporción (...) [a] considerar a efectos de señalar penas por debajo del mínimo legal (...).

Trigésimo Noveno: (...) la pena por violación (...) cuando la víctima oscila entre catorce (...) y menos de dieciocho, resulta ya excesiva (...) en sus rangos mínimos y máximos, (...) por estar desprovista (...) de proporcionalidad y razonabilidad resulta más lesiva (...) cuando se ha comprendido (...) a las relaciones sexuales consentidas entre los adolescentes, hecho que obliga (...) [a] un pronto cambio a nivel congresal en lo que atañe a este tema.

Cuadragésimo Primero: (...) no puede concebirse la evidente contradicción en la desproporción entre las pena impuestas para otra clase de delitos de mayor gravedad como (...) [el] homicidio y sus formas agravadas y (...) el genocidio en cuanto a las penas mínimas y máximas (...) [ésta] sobrepenalización (...) sale del contexto de la protestad punitiva del Estado, convirtiéndola de suyo en inconstitucional.

Cuadragésimo Tercero: (...) nada impide que el control constitucional se realice (...) al expedirse (...) [el] Auto Denegatorio de Instrucción, pues [se] (...) tutela de la preeminencia de la norma constitucional sobre (...) otra norma de rango inferior (...), defensa que no puede ser relega únicamente al instante de fallar el fondo de la cuestión (...) RECOMENDARON que los jueces de la causa verifiquen en cada caso (...) las posibles causas de atenuación de la pena (...) a efectos de imponer (...) penas por debajo del mínimo legal establecido (...).

§02. Consulta: 2224-2007 (20 de noviembre del 2007)

Cuarto.- (...) si bien (...) la Ley 28704, establece una sanción para quien comete el acto sexual con un menor de edad, (...) se contrapone con la Carta Magna que garantiza el derecho a la libertad (...) de

los menores (...) [desde] que el ordenamiento (...) civil, permite el matrimonio entre menores de (...) dieciséis años en adelante.

Quinto.-En los delitos contra la libertad sexual, el bien jurídico protegido es (...) la capacidad de actuación que le asiste al individuo con el solo imperio de su voluntad de disponer ante sí y frente a los demás (...) de su propio sexo, con la voluntad de elegir, aceptar o rechazar las pretensiones que produzcan en la esfera de su sexualidad (...) si (...) la edad en la que se permite el matrimonio (...) [es] de dieciséis años y (...) la Constitución (...) garantiza el derecho a la libertad (...), entendiéndose que un menor de dieciséis años en adelante puede discernir para hacer uso de su sexualidad, (...) al castigarse dicha conducta se estaría vulnerando el derecho a la libertad (...) prevista en la Constitución (...), en consecuencia APROBARON la resolución consultada (...) [que] declara INAPLICABLE(...) el artículo 173 inciso 3 del Código Penal modificado por el artículo 1 de la Ley 28704 (...).

§03. Consulta: 637-2008 (30 de abril de 2008)

Tercero: (...) se acusa al denunciado, quien contaba al momento de (...) los hechos (...) con treinta y nueve años de edad, haber mantenido relaciones sexuales con la referida agraviada cuando la misma tenía dieciséis años.

Sétimo: (...) [según] la Ley N° 28074 (...) toda relación sexual con (...) menor de dieciocho años constituye delito de violación sexual, independientemente a que ésta consienta o no (...).

Décimo: (...) [en] la Encuesta Demográfica y de Salud Familiar dos mil (...) (...) la edad (...) a la primera relación (...) [es] diecinueve años (...) [y] en las mujeres sin educación o con instrucción primaria (...) diecisiete años (...) [otros] estudios (...) [lo] señalan (...) [de] trece a catorce (...) en varones y (...) quince (...) en mujeres.

Décimo Primero: (...) el problema de la violencia sexual contra menores (...) deviene en causas y factores que pueden escapar a la legislación, como en efecto ha sucedido en el presente caso (...).

Décimo Segundo: (...) la determinación del inicio de la actividad sexual (...) no puede estar impuesta por una ley positiva, en atención a criterios subjetivos preestablecidos o meramente cronológicos, ni la legislación penal puede reprimir la actividad sexual consentida de una persona que tiene el desarrollo necesario y la aptitud suficiente para decidir sobre su sexualidad (...).

Décimo Quinto: (...) la mayoría de países de América Latina considera que la edad promedio (...) – dada su madurez biológica y psicológica- (...) es de doce años.

Décimo Sexto: (...) un estudio del Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos sostiene, citando [el] (ENDES 2004-2005) [señala] (...) la edad del inicio sexual (...) a los dieciséis como ocho años en los hombres y a los dieciocho como dos años en las mujeres. No obstante, existen (...) variaciones entre regiones y niveles educativos (...). Así un estudio realizado por la Universidad Cayetano Heredia en el dos mil cinco en (...) (Lima, Huancayo e Iquitos) [lo] reporta (...) a los dieciséis años (...) [en] varones a los quince como cinco años (...).

Décimo Séptimo: (...) en el mismo estudio realizado por la Universidad Cayetano Heredia (dos mil cinco) (...) un 93% de la mujeres y 52% de los varones refieren haberse iniciado sexualmente con “el/la enamorado”, (...) los motivos (...) “porque ambos queríamos tenerlas”: 54.9% (...) las mujeres y 49.8 en varones; “porque yo quería”: 9.5% y 22.5% respectivamente; “no fue planeado/inesperado”: 34.7% y 32.2% respectivamente). (...) [en] otro estudio realizado por la ONG Manuela Ramos en (...) (Lima, Ayacucho, Ucayali y Huancavelica) (...) el 79% de los/las adolescentes señaló que había experimentado relaciones sexuales voluntarias o consensuales, indicando la curiosidad y el deseo como razones de la iniciación.

Décimo Octavo: (...) la noción del consentimiento (...) [y] “edad de protección” consagrada por la Convención Internacional de los Derechos del Niño (...) debe regularse de acuerdo a su edad y madurez (... artículo 12) (...) [y] el Código de los Niños y Adolescentes [que] en su artículo cuarto (...) consagra el principio del interés superior del niño y del adolescente y (...) que se “respete su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar”.

Vigésimo Tercero: (...) de la declaración prestada por la menor (...) [y] los medios de prueba (...) se infiere (...), que las relaciones sexuales (...) se han realizado con su consentimiento, (...) [y] al consentir las relaciones sexuales (...) no ha hecho otra cosa que decidir sobre su propia actividad sexual, (...) manifestación concreta del derecho (...) a su libre desarrollo y bienestar personal (...) reconocido (...) [por] la Constitución Política del Estado.

Vigésimo Cuarto: (...) [se] ha presentado un conflicto (...) [entre el] el artículo 2 numeral 1 de la Constitución Política (...) derecho (...) a la libertad sexual (...) y (...) el artículo 1 de la Ley 28704 que modifica el artículo 173 inciso 3 del Código Penal (...) [que] tipifica el delito de violación sexual de menores de catorce y dieciocho años de edad (...) por lo que es necesario dilucidar dicho conflicto a favor de la norma constitucional precitada.

Vigésimo Quinto: (...) el artículo 44 inciso 1) del Código Civil establece la incapacidad relativa (...) para los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad (...) próxima a los límites de la mayoría de edad (...).

Vigésimo Sexto: (...) [según el] artículo 46 del Código Civil, (...) [cesa] la incapacidad (...) por matrimonio, resultaría un contrasentido (...) [que una] mayor de dieciséis (...) casada pueda ser víctima de violación presunta.

Vigésimo Séptimo: (...) Aprobaron la sentencia (...) que declara INAPLICABLE (...) el artículo 173 inciso 3 del Código Penal modificado por el artículo 1 de la Ley 28704 (...).

§04. Expediente: 247-06, 16 Juzgado Penal de Lima, (24 de octubre de 2006)

La imputación (...) [es por mantener] relaciones sexuales con la menor (...) que ha procreado un niño (...) [ella] indica que tenía trece años la primera vez que tuvo relaciones sexuales con su pareja, el denunciado, y que él sabía su edad (...) [Se tiene que] para dar movimiento al aparato jurisdiccional (...), no basta con hacer una mera adecuación de la hipótesis de incriminación al tipo penal invocado en forma general, sino que dicha hipótesis debe estar basada en una causa probable, sustentado en un conjunto de elementos que acrediten o hagan presumir la existencia de los hechos materia de incriminación, e individualizar la conducta prohibida, pues lo contrario constituiría un acto arbitrario (...), tenemos que no existe mérito para abrir instrucción contra el denunciado (...), pues (...) no aparecen indicios suficientes o elementos de juicio reveladores de que la menor (...) se haya visto vulnerada en su derecho a la indemnidad sexual, toda vez que (...) que (...) supuestamente habría mantenido relaciones sexuales con el denunciado (...) con su consentimiento y voluntad; sin embargo (...) no ha sido factible pronunciarse respecto al ilícito penal (...) en razón de no haberse identificado plenamente al denunciado, dificultando (...) el pleno esclarecimiento de los hechos (...) no significándose prueba suficiente la sola sindicación por parte de la perjudicada en contra del denunciado; por consiguiente (...) se declara no ha lugar a abrir instrucción.

§ 05. Expediente: 2617-2006, Primera Sala Penal Especializada para Reos Libres del Como Norte de Lima (24 de mayo de 2007)

La menor (...) conoce al encausado (...) [y] como enamorados comenzaron a mantener relaciones sexuales (...) /// que se realizaron con su consentimiento y voluntad (...) [la menor] mentía a sus padres diciéndoles que se iba a dormir a la casa de su tía (...) /// [la] madre (...) toma conocimiento (...) [cuando] su hija le confesó que el encausado era su enamorado /// [el acusado] manifiesta (...) ser enamorados (...) manteniendo relaciones sexuales de mutuo acuerdo y con pleno consentimiento de la menor (...) /// indicando (...) que continúa su relación sentimental (...) indica que desea casarse con la menor (...) y de ello ya habló con sus padres y han aceptado./// [A nivel de] Juicio Oral (...) la menor (...) afirma que mantiene la relación sentimental (...) con el consentimiento de sus padres (...) piensa postular a la Policía Nacional (...) y en cuanto a su relación sentimental (...) que piensa seguir adelante (...) lo cual indica que no ha sufrido menoscabo en su salud física ni mental, continuando con su plan de vida, así, no ha interrumpido sus estudios secundarios y tiene planes profesionales para su

futuro inmediato. /// [La] madre (...) ante los sentimientos de su hija y los consejos de una psicóloga (...) decide consentir la relación entre ambos, agregando que el acusado es una persona trabajadora (...) /// de los hechos analizados se desprende, que el acusado y la menor (...) mantenían una relación sentimental desde fecha anterior a sus relaciones sexuales (...) habiendo accedido la menor al trato sexual y concurrido voluntariamente.

§06. Expediente: 2156-2006, Segunda Sala Penal de Arequipa (28 de mayo de 2007)

8.2.2.5. Un adolescente mayor de catorce años debido a su desarrollo bio-psico-social, cuenta con los elementos indispensables para la disposición de su sexualidad (...).

8.2.3.2. El Código Penal (...) proscribe hoy las relaciones sexuales de los menores de edad (incluyendo a los adolescentes de catorce años en adelante) (...) pero, el Código Civil permite el matrimonio de los adolescentes de dieciséis años (...) la coexistencia de aquel ámbito de permisión colisiona con la prohibición penal y genera (...) una excepción de punición.

8.2.3.5 (...) resulta paradójico que el sujeto activo que engañe a un menor que tenga de catorce a dieciocho años de edad para sostener relaciones sexuales deba ser sancionado con pena de tres a cinco años (...), en tanto que el sujeto activo que sostenga relaciones sexuales consentidas con un menor que se halle en idénticos parámetros de edad, deba padecer privación de libertad de veinticinco a treinta años.

8.2.3.9 Si los supuestos de la ley penal en el inciso tres del artículo ciento setenta y tres del Código Penal, siendo expresos, son equívocos (por ser contradictorios con el resto del propio sistema jurídico), entonces no se puede considerar configurado el principio constitucionalizado de legalidad en dicha norma legal penal.

-8.2.4.4 Constatada (...) la afectación de los principios constitucionales (...), corresponde (...) declarar su inaplicación cuando menos para este concreto caso (...).

9.1 Como efecto de la declaración de inaplicabilidad por colisión constitucional del tipo penal en que se sostiene la acusación, la conducta del acusado deviene en atípica (...).

Fallamos:

a) Declarando Inaplicable por colisión con los artículos dos inciso uno, dos inciso veinticuatro apartado a) y dos inciso veinticuatro apartado d) de la Constitución Política del Estado, el artículo ciento setenta y tres inciso tres del Código Penal, modificado por la Ley veintiocho mil setecientos cuatro.

§07. Expediente 1753-2007, 2 Sala Penal de Arequipa (10 de agosto del 2007)

Cuarto: (...) 2) (...) cada individuo tiene la capacidad de (...) disponer libremente de su sexualidad cuando se encuentre con la capacidad física y psicológica para hacerlo; (...) un adolescente mayor de catorce años, debido a su desarrollo, tiene ya la capacidad de disposición de su sexualidad; (...) es libre de decidir en qué momento y con quién entablar relaciones de carácter sexual. (...):

3) (...) El Código Penal (...), desde el cinco de abril de dos mil seis (Ley 28704) (...), proscribe (...) las relaciones sexuales de los menores de edad (incluyendo a los adolescentes de catorce años en adelante) (...), pero, el Código Civil permite el matrimonio (...) [desde los] dieciséis años (...) la coexistencia de aquel ámbito de permisión colisiona con la prohibición penal, y genera (...) una excepción de punición (por cuanto de no entenderse así, el matrimonio de adolescentes de catorce años implicaría directamente una comisión delictiva con participación de los padres que autorizan el matrimonio y del Alcalde o el funcionario municipal celebrante del acto o (...) un matrimonio exento de las potestades y deberes de lecho y habitación en tanto alcanza el menor la mayoría, hipótesis que no se ha previsto en la ley).

(...) la coherencia normativa (...) supone la no subsistencia de normas prohibitivas respecto de determinadas situación y a la vez normas permisivas respecto del lo mismo.

(...) no es legítimo que se exija a la ciudadanía que se motive en esta ley de carácter prohibitivo.

4.2 (...) si bien el Estado tiene la potestad y el deber de perseguir el delito (...) no supone (...) contravenir los [preceptos] de rango constitucional referidos al derecho a la libertad y al desarrollo. (...) [Por medio de] la declaración de inaplicabilidad por colisión constitucional del tipo penal (...) la conducta (...) deviene en atípica. (...)

c) Declaramos inaplicable el artículo 173, inciso 3 del Código Penal modificado por ley 28704, por colisión con los artículos 2 inciso 1, 2 inciso 24 literal a) y dos inciso 24 literal d), de la Constitución Política del Perú (derecho al libre desarrollo de la personalidad, derecho a la libertad, principio de legalidad penal), al negar los derechos sexuales y reproductivos de los adolescentes, respectivamente.

§08. Expediente: 3530–2007 (I7–371), Tercera Sala Penal de Chiclayo (14 de enero 2008)

Cuarto (...) el artículo 175 [seducción] (...) no fue derogado (...) [por la] ley 28704 (...). Quinto (...) comete (...) seducción quien valiéndose del engaño tiene acceso carnal con (...) persona (...) [entre] catorce y menos de dieciocho años (...) de no mediar engaño o violencia (...) el adolescente de esa edad puede otorgar su consentimiento válido para el acceso carnal. (...) Sétimo (...) [no] todo acceso carnal con persona (...) entre catorce y menor de dieciocho años es violación sexual (...) [porque si] otorga un consentimiento inválido (producto del engaño) el sujeto activo debe ser sancionado con una pena no menor de tres ni mayor de cinco años (...) y si otorga su consentimiento sin mediar engaño (...) debe ser sancionado con una pena no menor de veinte ni mayor de veinticinco años. Octavo (...) el consentimiento bajo engaño supone un mayor desvalor de la acción (...) que debería llevar aparejada una mayor sanción penal y no lo contrario (...). Noveno (...) confirma la tesis del consentimiento válido (...) que el artículo 176–A (...), al tipificar el delito de actos contra el pudor de menores (...) no incluye (...) a los menores (...) entre catorce y menos de dieciocho años (...) protegidos mediante el artículo 176 (...) que tipifica el delito de actos contra el pudor (...) [de] mayor de edad y siempre que medie violencia o amenaza. Décimo (...) si el adolescente (...) con su consentimiento, es objeto de actos contra el pudor, la acción (...) es impune; (...) [su] consentimiento (...) hace desaparecer la tipicidad (...). Undécimo (...) no es razonable ni proporcional que el sujeto que compre los favores sexuales de un adolescente (...) entre catorce y menos de dieciocho años (...) sea sancionado (...) [según] artículo 179–A (...) con una pena no menor de cuatro ni mayor de seis años (...); mientras que si (...) tiene acceso carnal con su enamorada (...) sea sancionado con una pena no menor de veinte ni mayor de veinticinco años (...). Duodécimo (...) el contenido restringido que viene encontrándose al artículo 173, inciso 03, del código penal, por comparación con los artículos 175, 176 y 176–A (...) se confirma (...) por su comparación con el artículo 179–A, que tipifica el delito de favorecimiento de la prostitución de adolescentes (...) entre catorce y menor de dieciocho años de edad. Décimo Tercero (...) para conservar la unidad del ordenamiento jurídico no sólo debe asignársele a la citada norma un sentido más restringido (...) [a su] aislada lectura (...); sino que el consentimiento de los adolescentes (...) mayores de catorce años (...) es relevante jurídicamente para definir la tipicidad (...) Décimo Cuarto (...) la ley, a través del artículo 173, inciso 03, del código penal no tutela la indemnidad sexual, sino la libertad sexual; (...) no supone que el adolescente (...) mayor de catorce años de edad no está en aptitud de otorgar consentimiento válido, sino lo contrario; por tanto, él es libre de elegir con quien, cómo y cuándo relacionarse sexualmente; (...). Décimo Quinto. Que reconociéndole el derecho aptitud jurídica al consentimiento del adolescentes (...) mayor de catorce años de edad para tener acceso carnal (...); dicho consentimiento previsto en el inciso 10 del artículo 20 del código penal, más que una causa de justificación (...) [o] de exculpación (...) [es] una causa de atipicidad (...). Décimo Sexto (...) todo acceso carnal (...) con adolescente (...) mayor de

catorce años de edad, con el consentimiento (...), es atípico del (...) artículo 173, inciso 03, del código penal, modificado por la ley 28704. Décimo Séptimo (...) [su] tipicidad (...) quedaría reservada (...) al acceso carnal no consentido de menor (...) mayor de catorce años de edad, incluyendo el realizado mediante violencia física o psíquica. Décimo Octavo (...) esta interpretación (...) confirma la constitucionalidad del artículo 173, inciso 03 (...), descartando cualquier contradicción (...), conserva la unidad del ordenamiento jurídico y (...) se corresponde con nuestra realidad (...). Vigésimo (...) CONFIRMARON la resolución (...) que resuelve No Haber Lugar a Abrir Instrucción (...) [por] delito (...) de Violación Sexual de menor de edad (...).

§09. Expediente: 3312-2007, Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria (31 de marzo de 2008)

3.5. La aplicación mecánica de la norma penal (...) [a] relaciones sexuales consentidas de una pareja de enamorados (...) resultaría (...) una absoluta arbitrariedad (...).

13.9. (...) los artículos 44°, 46° y 241° del Código Civil (...) [reconocen el] derecho a la libertad sexual de los adolescentes entre catorce y menos de dieciocho años, entendido básicamente como la autonomía de elección del tiempo, forma y persona con quien tener relaciones sexuales (...).

17.5. (...) las relaciones sexuales consentidas de los y las adolescentes de catorce y menos de dieciocho años de edad son atípicas (...), alejándonos (...) del Acuerdo Plenario que califica como delito, con penalidad atenuada, la practica sexual de quienes tienen catorce y quince años (...) así mismo, creemos innecesario invocar el consentimiento de aquellos entre dieciséis y diecisiete años, como causa de justificación (...) dado que (...) estamos ante un comportamiento atípico.

18.1. (...) deberá procederse al sobreseimiento (...) [dado] que (...) constituyen un comportamiento atípico (...) una relación sentimental de enamorados, de público conocimiento en el círculo familiar y amical de ambos, configurándose la causal (...) que autoriza el sobreseimiento (...).

19.2. El análisis del caso de autos, ha puesto en evidencia las contradicciones e incompatibilidades de la aplicación del artículo 173°, inciso 3° del Código Penal, en su formula actual modificada por Ley N° 28704, con la Constitución Política del Estado en su artículo 1° (dignidad), artículo 2°, inciso 1° (libre desarrollo de la personalidad), artículo 2°, inciso 2° (igualdad ante la ley), artículo 2°, inciso 7° (intimidad personal), artículo 2°, inciso 24°, literal "a" (libertad individual), artículo 7° (la salud), artículo 2°, inciso 24°, literal "d" (legalidad penal). Así mismo con el Código Penal en su artículo 170° (violación sexual), artículo 175° (seducción) y artículo 176° (actos contra el pudor). Finalmente con el Código Civil en sus artículos 44°, 46° y 241° (derechos reproductivos, matrimoniales y filiales).

JURISPRUDENCIA EXTRANJERA

§ 10. Juzgado Primero del Circuito, Antioquia, Colombia 15 de agosto de 2002)

Está obligado (...) el juez a verificar la existencia del daño o peligro real, no conformándose con que la ley lo presuma, ya que las normas rectoras prevalecen sobre las demás, son la orientación del sistema penal e informan su interpretación (...).

El principio de lesividad, prevalece (...) [sobre] la presunción que el menor de catorce años no está en condiciones de conocer las consecuencias del acto sexual y que por ello se vulnera los bienes jurídicos de la libertad, integridad y formación sexual.

No puede ir el derecho en contravía de la realidad, (...) una de sus misiones es aplicar justicia material y no formal, (...) [lo] que sería vulnerado sino se adjudica justicia acorde con la realidad.

Cree este juzgado que la solución que sugieren (...)el Fiscal como la Defensora no es (...) contraria a la ley, sino ajustada a ella y (...) respetuosa de los valores constitucionales, porque si se invoca (...) el Principio de lesividad, no se ve que tal contrariedad exista.

§11. Resolución 4426/2004, Tribunal Supremo español (24 de junio de 2004)

Los hechos pueden ser éticamente reprochables, pero quedan extramuros del derecho penal (...). No existe (...) abuso de superioridad, sino una relación sentimental entre una persona madura y otra muy joven, es cierto, pero capaz de autodeterminarse sexualmente, legal y psicológicamente (...) la diferencia de edad puede ser ordinariamente (...) un indicador de (...) un abuso por prevalimiento, pero no justifica automáticamente la aplicación del (...) Código penal. El Tribunal (...) ha calibrado el nivel de desarrollo sexual de la menor (...) y (...) sus parámetros de madurez para autodeterminarse en esta materia, de forma autónoma, y sin interferencias, y ha llegado a la conclusión de que (...) era *"madura para su edad"*, (...) con un destacado nivel de conocimientos sexuales y una gran seguridad en sí misma (...), que estaba en condiciones de autodeterminarse sexualmente, como así aconteció con un chico de similar edad, y (...) con el acusado, aunque de una edad muy superior (...). Este aspecto fáctico (...), ha sido tomado en consideración (...) y es fruto de la (...) apreciación personal de la joven, de su personalidad, de los dictámenes periciales y de la declaración de los testigos que se practicaron en el plenario (...). La costumbre social nos muestra que las relaciones sexuales están plenamente consentidas a esa edad, cuando se trata de jóvenes con capacidad de autodeterminarse sexualmente (...) la *"capacidad para autodeterminarse en el ámbito sexual"* es la clave para valorar si concurre o no el prevalimiento (...).

§12. Resolución 422/2005, Tribunal Supremo español (04 de abril de 2005)

El acusado (...), de más de treinta años de edad a la fecha de los sucesos (...), mantuvo relaciones sexuales con Amanda (...), de 14 años de edad (...) sin que conste que para ello hubiera empleado violencia, intimidación, engaño o promesa alguna.- ///La vuelta del delito de corrupción de menores (...) ha suscitado críticas en la doctrina, llegando a afirmarse (...) que podría ser considerado como inconstitucional por infracción del principio de legalidad o que es disfuncional o inoperante./// (...) se trata de un tipo ambiguo e impreciso, en el umbral del principio de legalidad (...). /// (...) En el presente caso no se trata de una actividad sexual que pueda calificarse de perversa o extravagante. Sólo podríamos considerar una iniciación temprana en las relaciones sexuales que, por otra parte, tampoco puede calificarse de excepcional en los tiempos actuales (no podemos olvidar que el Código Civil permite el matrimonio a partir de los 14 años (...)). Lo llamativo es (...) la diferencia de edad entre los sujetos, pues es evidente que la relación con un joven de 16 años no habría dado lugar a este caso. Ello quiere decir que en realidad la cuestión no está tanto en la diferencia de edad (la Audiencia ha excluido el abuso sexual por prevalimiento) sino en la esencia de los actos realizados que insistimos se adecuan a la normalidad (...) Ahora bien (...) tiene razón el recurrente cuando sostiene que las relaciones sexuales descritas ni consta ni puede afirmarse que en el futuro afecten a la libertad de elección en el comportamiento sexual de la menor (...).

§13. Resolución 411/2006, Tribunal Supremo español (18 de Abril del 2006)

El acusado (...) de 24 años de edad (...) con la menor (...) de (12) doce años de edad (...) mantuvieron relaciones sexuales consentidas (...) // (...) la menor se ha renunciado a toda indemnización.// (...) los dos informes periciales (...) sobre el estado mental y estudio psicológico (...) atribuyen (...) a la menor una madurez mental superior a la edad cronológica, presentando una personalidad y mentalidad muy madura, de aproximadamente unos 17 años, y de otra parte (...) consideran que [el acusado] no obligó a Evelyn a mantener relaciones, antes bien consideran que en

esa relación la menor presentaba una personalidad más fuerte y llevaba las riendas de la relación. /// (...) los informes médico-forenses concluyen que quien llevaba las riendas y la iniciativa de la relación sentimental era (...) la menor (...) con un grado de madurez superior a su edad, la consecuencia (...) es que el ejecutor de los actos de contenido sexual no puede ser Carlos Antonio sino la menor, por lo que no es posible imputarle los delitos objeto de la condena recurrida. /// (...) en el caso que analizamos nos encontramos, con dos personas de nacionalidad ecuatoriana, una menor entre 12 y 13 años con una madurez mental superior a esa edad -los médicos forenses (...) señalaron que presenta una personalidad y mentalidad muy madura, aproximadamente representaría 17 años y conocía lo que eran las relaciones sexuales y sus consecuencias, y el acusado de 24 años con un bajo nivel cultural y un grado de madurez sensiblemente inferior a su edad cronológica, hasta el punto de que la propia sentencia (...), admite que incluso los factores psicológicos (...) apuntan a un mayor grado de madurez en la víctima que en el acusado (...) que se consideraban mutuamente novios, no solo consentida por la menor, sino que incluso los informes (...) consideran que era ella quien en esa relación presentaba una personalidad más fuerte y llevaba las riendas de la relación, siendo (...) significativas sus manifestaciones (...) "que está bien, que quiere a su novio, que le considera como su novio, que le quiere y por eso lo hizo, que él no la forzó" (...) "conocía en qué consistían las relaciones sexuales, estaba informada por el Colegio (...). El acusado no le hizo ninguna propuesta, tampoco hablaron de acostarse, comenzaron a besarse y era algo que apetecía a los dos. Su relación con Carlos Antonio fue voluntaria y consentida. No se sintió presionada y sabía lo que era la relación sexual y sus consecuencias.

JURISPRUDENCIA
NACIONAL

§01. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

Sala: Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente
Consulta: 2716-2007
Origen: Corte Superior de Arequipa, segundo Juzgado de Paz Letrado
Expediente de Origen: 335-2007
Jurisdicción: Penal
Procesado: José Félix Álvarez
Agraviada: I.H.R. (mujer de 14 años)
Tipo de Resolución: Consulta
Delito: Violación sexual
Fecha: 07 de noviembre de 2007
Resumen Control difuso, consentimiento, enamorados.

Sumilla:

Noveno: (...) [si] ambas personas son adolescentes (...) se convertirán en “infractores” lo que supone que se verán involucrados en un proceso judicial ante un juzgado de familia (...). // **Decimo Tercero:** (...) la determinación el inicio de la actividad sexual (...) no puede estar impuesta por una ley positiva, en atención a criterios subjetivos preestablecidos o meramente cronológicos (...). // **Vigésimo Cuarto:** (...) la menor (...) ha manifestado (...) que las relaciones (...) se han realizado con su consentimiento (...) [y] no ha hecho otra cosa que decidir sobre su propia actividad sexual, (...) manifestación (...) del derecho (...) a su libre desarrollo y bienestar personales (...) reconocidos en (...) la Constitución. // **Vigésimo Sexto:** (...) mantener una legislación (...) con penas desproporcionadas contradice la realidad social (...); no obstante (...), mientras subsista la normatividad civil respecto a la incapacidad absoluta de menores de dieciséis años, colisionaría con la exención penal de quien ha mantenido relaciones sexuales con persona de entre catorce y dieciséis años pues a pesar del artículo 46 glosado su incapacidad absoluta sólo cesa para ciertos actos y sólo cuando el hecho punible ya ha sucedido, por lo que a este respecto la criminalización no resultaría inconstitucional. // **Vigésimo Séptimo:** (...) en el presente caso el juzgador ha olvidado de que los menores de dieciséis años de edad, a tenor (...) [del] artículo 43 (...) del código civil (...) [son] incapaces absolutos [y] no tendrían un desarrollo integral suficiente para discernir las consecuencias del delito imputado (...). // **Vigésimo Octavo:** (...) es necesario realizar (...) precisiones sobre la desproporcionalidad de la pena (...) dado que puede suceder que la norma legal no haya previsto (...) hechos (...) dentro de una determinada realidad social, así, por citar un ejemplo, las relaciones sexuales consentidas entre adolescentes menores de edad (...). // **Trigésimo Sexto:** (...) la actividad sexual de los adolescentes resulta ser una realidad (...) [y] la aplicación de la norma penal (...) sin los criterios de de atenuación (...) ya señalados implicaría una desproporción (...) [a] considerar a efectos de señalar penas por debajo del mínimo legal (...). // **Trigésimo Noveno:** (...) la pena por violación (...) cuando la víctima oscila entre catorce (...) y menos de dieciocho, resulta ya excesiva (...) en sus rangos mínimos y máximos, (...) por estar desprovista (...) de proporcionalidad y razonabilidad resulta más lesiva (...) cuando se ha comprendido (...) a las relaciones sexuales consentidas entre los adolescentes, hecho que obliga (...) [a] un pronto cambio a nivel congresal en lo que atañe a este tema. // **Cuadragésimo Primero:** (...) no puede concebirse la evidente contradicción en la desproporción entre las pena impuestas para otra clase de delitos de mayor gravedad como (...) [el] homicidio y sus formas agravadas y (...) el genocidio en cuanto a las penas mínimas y máximas (...) [ésta] sobrepenalización (...) sale del contexto de la protestad punitiva del Estado, convirtiéndola de suyo en inconstitucional. // **Cuadragésimo Tercero:** (...) nada impide que el control constitucional se realice (...) al expedirse (...) [el] Auto Denegatorio de Instrucción, pues [se] (...) tutela de la preeminencia de la norma constitucional sobre (...) otra norma de rango inferior (...), defensa que no puede ser relega únicamente al instante de fallar el fondo de la cuestión (...) **RECOMENDARON** que los jueces de la causa verifiquen en cada caso (...) las posibles causas de atenuación de la pena (...) a efectos de imponer (...) penas por debajo del mínimo legal establecido (...).

Corte Suprema de Justicia de la República
Sala de Derecho Constitucional y Social
Consulta N° 2716-2007 Arequipa
Lima, 15 de noviembre del 2007

Vistos y, Considerando:

Primero: Que, la resolución dictada en estos autos por el Segundo Juzgado Mixto del Modulo Básico de Justicia de Mariano Melgar, a elevado en consulta a esta Sala de Derecho Constitucional Permanente de la Corte Suprema, de conformidad con lo dispuesto por el artículo catorce de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al haberse dejado de aplicar la Ley 28704 en el extremo que modifica el artículo 173 del código penal que incluye (...) como sujeto pasivo del delito de violación de menor de edad a aquel comprendido entre catorce años de edad y menos de dieciocho, sin afectar su vigencia; en consecuencia declara No Ha Lugar a Abrir instrucción en contra de don José Félix Alvares, por el delito de violación sexual, (...) inicio 3 del artículo 173 del código penal en agravio de la menor I.H.R.

Segundo: Que, según el artículo 138 de la Constitución Política del Estado, en todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren a la primera e igualmente deben preferir la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior, asimismo, el artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial prescribe que cuando los magistrados al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, encuentran que hay incompatibilidad en su interpretación, de una disposición constitucional y una con rango de ley, resolverá la causa con arreglo a la primera.

Tercero: Que, en el presente caso, con la denuncia fiscal obrante a fojas siete, se acusa a don José Félix Álvarez por el delito de violación de la libertad sexual, previsto en el inciso 3 del artículo 173 del código penal modificado por la Ley 28704, en agravio de la menor I.H.R., exactamente se acusa al denunciado, quien cuenta con veintiséis años de edad haber mantenido relaciones sexuales con la referida agraviada de catorce años.

Cuarto: Que, el tema que el presente caso se contrae, debido a la complejidad de su contenido, la naturaleza del proceso que se ventila y la serie de derechos que se encuentran en discusión, obliga a este supremo colegiado, a efectuar un análisis integral a los efectos de encontrar una solución razonable, actual y en justicia conforme a la trascendencia de la materia consultada.

Quinto: Que, en principio es preciso tener en cuenta el marco legislativo sobre el cual el denominado delito de violación de menores de edad, comprendidos entre catorce y dieciocho años de edad. Al respecto el artículo 170 del código penal, que define el tipo base de los delitos contra la libertad, violación sexual, prevé, que aquel que con violencia o grave amenaza, obliga a una persona a tener acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos, introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de ocho años; coherente con lo anterior, el texto original del artículo 173 del código penal establecía que, el que practica el acto sexual u otro análogo con un menor de catorce años, será reprimido con las siguientes penas privativas de la libertad 1.- Si la víctima tiene menos de siete años la pena será no menor de quince años, 2.- Si la víctima tiene de siete años a menos de diez, la pena será no menor de ocho años, 3.- Si la víctima tiene de diez años a menos de catorce, la pena será no menor de cinco y si el menor era discípulo, aprendiz o domestico del agente o su descendiente confiado a su cuidado, la pena privativa de libertad será, respectivamente, no menor de veinte, doce y ocho años; en este mismo sentido el texto original del artículo 175 del código penal previno que quien mediante engaño, practique el acto sexual con una persona de catorce años y menor de dieciocho, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicio comunitario de veinte a cincuenta jornadas.

Sexto: Que, lo establecido en el artículo 173 del código penal a sido objeto de sucesivas modificaciones legislativas, por Ley 26293, decreto legislativo 896, ley 27472, ley 27507 y ley 28251 respectivamente, normas a través de las cuales básicamente se modificó el quantum de la pena imponerse en este tipo de delitos, teniéndose en cuenta la edad de la víctima menor de catorce años de edad, llegándose a establecer inclusive que la víctima tenía menos de siete años, la pena a imponerse sería de cadena perpetua; además de la última modificatoria 28251 introduce una nueva definición del delito de violación de menores de catorce años; estableciéndola como el acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, equiparando a actos análogos la introducción de objetos o partes del cuerpo; empero, las sucesivas modificaciones legislativas, del código penal mantienen la definición de los delitos de violación de menores de catorce años y seducción o estupro, contemplado en el artículo 175 del código penal.

Séptimo: Que, el cinco de abril del dos mil seis se publicó en el diario oficial *El Peruano* la Ley 28704, norma que modifica el tipo penal de violación sexual de menor de edad de catorce años, ampliando su ámbito de protección a la personas que tienen entre catorce y dieciocho años de edad. De acuerdo a esta norma, actualmente toda relación sexual con toda persona menor de dieciocho años constituye delito de violación sexual, independientemente a que esta consienta o no aplicándosele una pena privativa de la libertad entre veinticinco y treinta años.

Octavo: Que, el tema aquí en análisis ciertamente gira en torno al fenómeno de la violencia sexual que exige, si bien la toma de medidas necesarias y disuasivas opera que esta clase de delitos desaparezca o por lo menos aminore en nuestra sociedad, no obstante, ello no puede servir como alegato para sobrepenalizar a las relaciones sexuales de los adolescentes en desmedro de lo que se ha dado en llamar “libertad sexual de los adolescentes”, respecto a elevar la edad mínima para el consentimiento sexual a la mayoría de edad, esto es, dieciocho años de edad, como en efecto se ha efectivizado mediante la reciente legislación.

Noveno: La norma en comento tal como esta redactada criminaliza todas estas relaciones sexuales, así, si es que ambas personas son adolescentes estos se convertirán en “infractores” lo que supone que se verán involucrados en un proceso judicial ante un juzgado de familia porque, en este entendido, si nos encontramos ante una pareja formada por una persona de diecisiete y otra de veinte, la última será sometida a un proceso judicial penal, cuyo objeto será sancionarla por lo menos a veinticinco años de cárcel.

Decimo: Refiere Távara–Orozco²⁸⁰ que una sociedad con patrones culturales tradicionales, como la nuestra, ni la familia, ni la escuela ni en general la sociedad acepta fácilmente la idea de la sexualidad en la adolescencia. Por ello no se educa a los adolescentes sobre la vida familiar o sexual pues solamente se les brinda una educación insuficiente y sin relación con sus necesidades reales en las que al adolescente raramente accede a los servicios de salud reproductiva y anticoncepción.

Decimo Primero: Que añade dicho autor²⁸¹, citando a la Encuesta Demográfica y de Salud Familiar 2000 (ENDES 2000), que la edad mediana a la primera relación sexual de la mujer de veinte a cuarentinueve años es a los diecinueve años. Debe considerarse de esta misma fuente que las mujeres sin educación o con instrucción primaria, este indicador ocurre a los diecisiete años. De otro lado, en lo que aquí refiere, agrega el citado autor, existen estudios que señalan que el inicio de la vida sexual es de los trece a catorce años en varones y a los quince en mujeres.

Decimo Segundo: Que, es menester precisar que el problema de la violencia sexual entre menores en nuestro país deviene en causas y factores que pueden escapar a la legislación, como en efecto ha sucedido en el presente caso, y que más bien se encuentran vinculadas a la salud, educación,

²⁸⁰ (1) TÁVARA-OROZCO, Luis, “contribución de los adolescentes a la muerte materna en el Perú”, encontrado en la página web: http://sisbib.unmsm.edu.pe/bvrevistas/ginecologia/Vol50_N2/a06_bib.htm

²⁸¹ (2) TÁVARA –OROZCO, Luis Op. Cit.,

situación de inseguridad y pobreza de la población, no basta entonces con la emisión de una norma que finalmente termine desconociendo precisamente a quienes pretende proteger.

Decimo Tercero: Que, en tal situación, la determinación el inicio de la actividad sexual de una persona no puede estar impuesta por una ley positiva, en atención a criterios subjetivos preestablecidos o meramente cronológicos, ni la legislación penal puede reprimir la actividad sexual consentida de una persona que tiene el desarrollo necesario y la actitud suficiente para decidir sobre su sexualidad, antes bien, corresponde a la persona humana dicha decisión, es la propia persona la que de acuerdo con su propio desarrollo psíquico y fisiológico quien deberá determinar en que momento esta lista o ha adquirido la mayoría necesaria para dar inicio a su actividad sexual; los padres en este sentido cumplen una función esencialmente orientadora y favorecedora del desarrollo integral de los hijos menores de edad.

Decimo Cuarto: Que, al respecto, según datos proporcionados por UNICEF²⁸² (Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia) la edad mínima del libre consentimiento, en decir, la edad en la que se puede decidir tener relaciones sexuales con una persona, varía bastante en todo el mundo, así por ejemplo, refiere dicho organismo que en algunas partes de los Estados Unidos, como en Egipto, y ahora en el Perú, la edad es de dieciocho años; en Irlanda del Norte, diecisiete; en Namibia dieciséis; en Suecia, quince; en Canadá, catorce; en Corea, trece; y en México, doce. En tal sentido, si bien no existe un consenso sobre la edad de libre consentimiento, existe una preocupación en la Convención Sobre los Derechos del Niño, porque se proteja a los menores de edad contra todas las formas de abuso sexual.

Decimo Quinto: Que todo alcance estadístico respecto a la edad del comienzo del ejercicio de la libertad sexual, esta vez en lo que concierne al derecho comparado latinoamericano, nos los proporciona el penalista nacional, Castillo Alva²⁸³; así por ejemplo Brasil / catorce años, Puerto Rico / catorce años, Paraguay / catorce años, Colombia / catorce años, Ecuador / catorce años, El Salvador / catorce años, Argentina / trece años, España / trece años, Costa Rica / doce años, Cuba / doce años, Honduras / doce años, Guatemala / doce años, Chile / doce años, México / doce años y Venezuela /doce años.

Decimo Sexto: Que, es de anotar en cuanto a este último dato que la decisión de la legislación internacional sobre despenalización de las relaciones sexuales consentidas, la mayoría de países de América Latina considera que la edad promedio para que una persona este en capacidad -dada su madures biológica y psicológica- para decidir voluntariamente si tiene o no relaciones sexuales en doce años.

Decimo Séptimo: Que, un estudio del centro de promoción y defensa de los derecho sexuales reproductivos sostiene, citando a la encuesta demográfica nacional (ENDES 2004-2005)²⁸⁴, que la edad del inicio sexual reportada en el país ocurre en promedio a los dieciséis punto ocho años en los hombres y a los dieciocho punto dos años en las mujeres. No obstante, existen grandes variaciones entre regiones y niveles educativos, siendo el inicio sexual más temprano en las regiones de la amazonia y la sierra tal como lo reportan estudios de investigación realizados en el Perú. Así un estudio realizado por la Universidad Cayetano Heredia en el dos mil cinco en tres ciudades del país (Lima, Huancayo e Iquitos), reporta que el inicio sexual en mujeres adolescentes sucede en promedio a los dieciséis años, mientras que en el grupo de varones a los quince punto cinco años. Se sabe también que por este estudio que existe un estrecho vínculo entre el acceso a la educación sexual

²⁸² (3) Datos encontrado en la pagina web de la UNICEF: <http://www.unicef.org/voy/spanish/>

²⁸³ (4) CASTILLO ALVA, José Luis, "La muerte de la sexualidad en los adolescentes", en Revista Actualidad Jurídica, N° 149, Lima, 2006.

²⁸⁴ (5) ENDES 2004-2005, Encuesta Demográfica de Salud Familiar. Encontrado en la pagina Web del Ministerio de salud. www.minsa.gob.pe

oportuna y la postergación del inicio sexual, lo cual se evidencia en el dato que señala que el inicio sexual antes de los quince años es cinco veces mayor en mujeres con menos de siete años de escolaridad. (ENDES 2004-2005).

Decimo Octavo: Que, con respecto al tipo de pareja con la que los y las adolescentes reportan tener relaciones sexuales, en el mismo estudio realizado por la Universidad Cayetano Heredia (2005)²⁸⁵, se encuentra que un noventa y dos por ciento de mujeres y cincuenta y dos de los varones refieren haberse iniciado sexualmente con “el/la enamorado”, lo cual significara que se trata de relaciones sexuales voluntarias. Este dato se confirma con la infracción acerca de los motivos para tener relaciones sexuales, en los cuales los y las adolescentes reportan relaciones sexuales consensuales (“porque ambos querían tenerlas”) cincuenta y cuatro punto nueve por ciento en el caso de las mujeres y cuarenta y nueve punto ocho en varones; “porque yo quería”: nueve punto cinco por ciento y veintidós punto cinco respectivamente; “no fue planeado/inesperado”: treinta y cuatro punto siete por ciento y treinta y dos punto dos respectivamente). Merece destacar, asimismo otro estudio realizado por la ONG Manuela Ramos en cuatro regiones del Perú (Lima, Ayacucho, Ucayali y Huancavelica), con población adolescente mayor de catorce años que coincide con los datos antes descritos, en este caso, el setenta y nueve por ciento de los/las adolescentes señaló que había experimentado relaciones voluntarias o consensuales, indicando la curiosidad y el deseo como razones de la iniciación.

Decimo Noveno: Que, de otro lado, en torno a la noción del consentimiento del adolescente, cabe resaltarla noción de “edad de protección” consagrada por la Convención Internacional de los Derechos del Niño, la que se sustenta en el paradigma de que el niño debe ser protegido y, aun cuando sujeto de derechos, estos deben regularse de acuerdo a su edad y madurez (Preámbulo de la Convención en su artículo 12). Además, y en circunstancias en que se contrapongan los derechos y deberes de un adulto con un niño, debe tenerse en cuenta que el código de los niños y adolescentes en su artículo 4, además de reconocer que los menores de dieciocho años no pueden ser penalizados, consagra el principio del interés superior del niño y del adolescente y el respeto de sus derechos, entre ellos, a que se “respete su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar.

Vigésimo: Que, llegados a este punto, conviene efectuar unas precisiones sobre la ley 28704, finalmente probada por el Congreso de la República, así como su debate en sede congresal. No obstante, no es intención de la presente resolución hacer un seguimiento pormenorizado de los orígenes de la citada ley pues la misma puede haber sido debatida in extenso en dicho poder del Estado.

Vigésimo Primero: Que, así por ejemplo, la séptima sesión del 22 de abril del veintidós de abril del dos mil cuatro aparecida en el diario de debates del Congreso respecto al proyecto de ley 28704, se advierte la formulación de una serie de textos sustitutorios que dejan denotar que la referida Ley fue muy discutida y en algunos puntos incluso no se daba un consenso en cuanto al inciso 3 del 173 artículo del código penal²⁸⁶.

Vigésimo Segundo: Que, en este escenario, la ley 28704, encontrándose ya en plena vigencia ha sido objeto de críticas y opiniones contrarias a su promulgación, ello, en mérito a diversas instituciones públicas y privadas, como el Ministerio de Salud, el Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social y la Defensoría del Pueblo entre otros, quienes se han pronunciado por una modificatoria de la ley 28704, en especial de la artículo 173 inciso 3 del código penal.

²⁸⁵ (6) Datos encontrados en la página Web del Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos: www.promsex.org

²⁸⁶ (7) Nos referimos en concreto a una votación del texto sustitutorio de los proyectos de ley N°s 1022, 2562 y 3271/2001-CR.

Vigésimo Tercero: Que, con la inconveniencia de la norma o las voces de alarma de las organizaciones no gubernamentales con el gobierno sobre el tema, lo cierto es que existen en la actualidad varios proyectos de ley que proponen modificar el ya modificado artículo 173, 3 del código penal relativos a los delitos contra la libertad sexual^{287 288}.

Vigésimo Cuarto: Que, en el presente caso, la menor en cuyo agravio se habría cometido el delito de violación sexual de menores ha manifestado en reiteradas ocasiones según aparece en autos, que las relaciones sexuales mantenidas con el acusado, José Félix Alvares se han realizado con su consentimiento por lo que resulta evidente que la menor en referencia al consentir la relaciones sexuales con el citado denunciado no ha hecho otra cosa que decidir sobre su propia actividad sexual, lo que constituye la manifestación concreta del derecho que tiene todo sujeto a su libre desarrollo y bienestar personales, derecho fundamental reconocido en el artículo 2 numeral 2.1 de la Constitución Política del Estado.

Vigésimo Quinto: Que, por tanto esta Sala de Derecho Constitucional y Social considera que en el caso concreto se ha presentado un aparente conflicto de normas jurídicas, de un lado la norma constitucional prevista en el artículo 2, numeral 2.1 de la Constitución Política del Estado en cuanto reconoce como derecho fundamental de la persona la libertad sexual y el libre desarrollo y bienestar personal, y de otro el artículo 1 y la Ley 28704 que modifica el artículo 173 del código penal y tipifica el delito de violación sexual de menores de catorce y dieciocho años de edad, con pena privativa de la libertad no menor de veinticinco ni mayor de treinta años, situación jurídica que bien podría traer como consecuencia la inaplicación de la norma legal.

Vigésimo Sexto: Que, empero, el artículo 43 inciso 1 del código civil ha establecido que la incapacidad absoluta para los menores de dieciséis años, salvo aquellos actos determinados por la ley por lo que podría sostenerse que para los casos de delitos cometido contra menores entre catorce y dieciséis años se estaría en contradicción con lo que pueda resolverse respecto a la constitucionalidad de ley en cuestión, puesto que el propio código civil en su artículo 46 establece que el cese de la incapacidad de dichos menores a partir del nacimiento del hijo, por lo que respecto a este punto, la legislación peruana no puede estar a contracorriente a lo que se ha estatuido legalmente en todos los países latinoamericanos cuyas realidades sociales y culturales corresponden a la nuestra, por lo que mantener una legislación punitiva a este respecto y más aún con penas desproporcionadas contradice la realidad social a la que se debe el legislador para que sus leyes tengan efectividad jurídicas; no obstante lo expuesto, mientras subsista la normatividad civil respecto a la incapacidad absoluta de menores de dieciséis años, colisionaría con la exención penal de quien ha mantenido relaciones sexuales con persona de entre catorce y dieciseis años pues a pesar del artículo 46 glosado su incapacidad absoluta sólo cesa para ciertos actos y sólo cuando el hecho punible ya ha sucedido, por lo que a este respecto la criminalización no resultaría inconstitucional.

Vigésimo Séptimo: Que, en relación a ello, es necesario señalar que en los delitos contra la libertad sexual el bien jurídico protegido, según la doctrina más avanzada es la indemnidad sexual o la capacidad valorativa para comprender la trascendencia del acto sexual; no obstante, en el presente caso el juzgador ha olvidado de que los menores de dieciséis años de edad, a tenor de lo dispuesto en el artículo 43 inciso 1, del código civil prenotado, al resultar incapaces absolutos no tendrían un desarrollo integral suficiente para discernir las consecuencias del delito imputado, tanto más si la incapacidad absoluta comprende, por un lado, a la incapacidad de hecho que a decir de Joaquín

²⁸⁷ (8) Uno de aquellos proyectos modificatorios de la ley 28704 fue la presentada por la congresista Mercedes Cabanillas en fecha 18 de mayo del 2006 (...).

²⁸⁸ (9) Otra propuesta legislativa tendiente a modificar igualmente la ley 2874 es la presentada por el congresista Alejandro Rebaza Martell en fecha 07 de marzo del 2007 (...).

Llambias se instituye en razón de la insuficiencia psicológica del sujeto para el pleno ejercicio de sus derechos y una incapacidad de derecho que se sustenta en razones de orden moral²⁸⁹.

Vigésimo Octavo: Que, aun cuando no ha sido materia de consulta, es necesario realizar algunas precisiones sobre la desproporcionalidad de la pena, en atención a la severidad punitiva impuesta por el legislador para esta clase de delitos dado que puede suceder que la norma legal no haya previsto determinados hechos o conductas que pudieran acontecer dentro de una determinada realidad social, así, por citar un ejemplo, las relaciones sexuales consentidas entre adolescentes menores de edad, lo que denotaría una marcada desproporción punitiva de aplicarse las penas previstas en el artículo 173, inciso 3 del código penal, por lo que es necesario realizar algunos alcances en cuanto al principio de proporcionalidad de las penas.

Vigésimo noveno: Que el derecho penal es la forma más violenta de control social que el Estado, de manera formalizada, ejerce sobre los sujetos a su jurisdicción. Esta forma de control -legítima por cierto -se ejerce, primero mediante la conminación de la pena, es decir, mediante la prohibición de ciertas conductas, bajo amenaza de pena. En segundo lugar, ante la realización de tal prohibición, estos es, si ella ha sido de una manera ilícita y culpable, la sanción se aplicará a quien ha resultado responsable de la misma. Por último, la pena impuesta como consecuencia del delito, debe ejercitarse, viéndose la persona afectada en alguno o algunos de sus derechos fundamentales. En estos tres ámbitos, se matizan tres radios de acción concéntricos y vinculados- el primero de ellos corresponde al legislador, el crea las conductas y fija las penas, para ello tiene un amplio poder configurativo que únicamente encuentra sus límites en la Constitución y todo el bagaje de principios y garantías. El segundo aspecto corresponde al Poder judicial, quien es el único que con exclusividad juzga conductas e impone penas, precedido de la acusación del órgano correspondiente. Por último la ejecución de la pena que se encuentra sujeta siempre en su realización al poder tutelador de la jurisdicción, mediante los jueces de vigilancia respectivos.

Trigésimo: Que, existe un área común a todos los presupuestos de materialización de la pena señalado: El no exceso de poder, en efecto, en ninguna de estas aéreas puede concurrir un uso abusivo e irrazonable de la pena, ni en su determinación abstracta, ni en su merecimiento concreto, ni tampoco en cuanto a las formas de ejecución; la pena en su conjunto, siempre debe estar inspirada por la limitación de ese poder punitivo, por la real vigencia de la dignidad de la persona y por el hecho de que la pena no sea desmedida es decir desproporcionada.

Trigésimo Primero: Que, el principio de proporcionalidad supone que la penas establecidas por el legislador aplicables a las conductas delictiva no deben ser tan onerosas que superen la propia gravedad del delito cometido, ni tan leves que signifiquen una infra penalización de los delitos y una desvalorización de los bienes jurídicos protegidos que fueran afectados.

Trigésimo Segundo: Que, a este respecto, la doctrina contemporánea se encuentra conforme en señalar que el principio de proporcionalidad de la pena debe medirse para lograrse en relación al daño o lesión causado a los bienes jurídicos protegidos o puestos en peligro por el accionar u omitir injusto e ilícito-penal del hombre. Este principio de derecho deviene desde la Declaración de los Derechos y Ciudadano (art. VIII del Título Preliminar del código penal de 1789 y proclamados por la Revolución Francesa, prescribe que se debe señalar las penas estrictamente necesarias y proporcionales al monto del daño o lesión causados por el delito a los bienes jurídicos protegidos por la ley).

Trigésimo Tercero: En esta línea, el principio de proporcionalidad de las penas en relación al daño causado por el delito, previsto en el artículo VIII del título preliminar del código penal se inspira precisamente en los documentos franceses históricos citados, cuando manifiesta: "La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho..." .

²⁸⁹ (10) JOAQUÍN LLAMBIAS, "Tratado de derecho civil". Parte general, Perrot, Bs. As., 1964, T.I., pg. 396.

Trigésimo Cuarto: Que, este contexto resulta evidente que el infractor menor de responsabilidad restringida (por ejemplo el mayor de dieciocho años y menor de veintiún años), no puede ser tratado penalmente igual que el delincuente adulto; otro factor a tomar en cuenta es que la incultura y educación del autor no puede ser indiferente en el ámbito del error de prohibición (artículo 14 del código penal), igual criterio se tiene para evaluar en el error de prohibición culturalmente condicionado (artículo 15 del código penal).

Trigésimo Quinto: Que, el Tribunal Constitucional, por su parte, ha establecido dos aspectos de exigencia que se deben distinguir en el principio de proporcionalidad de las penas. Por un lado, la necesidad de que la pena sea proporcional al delito, y de otro la exigencia de que la medida de la proporcionalidad se establezca en base a la importancia social del hecho (a su "nocividad social"). Ahondando sobre este tópico el Tribunal Constitucional ha señalado: que "... un derecho penal democrático debe ajustar la gravedad de las penas a la trascendencia que para la sociedad tienen los hechos a que se asignan, según el grado de "nocividad social", del ataque al bien jurídico"²⁹⁰.

Trigésimo Sexto: Que, a este respecto, la actividad sexual de los adolescentes resulta ser una realidad que se ha venido dando y se viene produciendo en la actualidad, de manera que la aplicación de la norma penal bajo supuestos señalados sin los criterios de de atenuación de la pena bajo los supuestos ya señalados implicaría una desproporción punitiva que, en su caso, sería prudente considerar a efectos de señalar penas por debajo del mínimo legal establecido.

Trigésimo Séptimo: Que, otros factor que resuelta importante analizar es la razonabilidad de las penas a imponer, principio constitucional que limita el accionar del legislador en su tarea de determinar las penas a imponer ante conductas tipificados; en efecto, el principio de razonabilidad, según refiere López Fúnez²⁹¹, como parte consustancial el principio de proporcionalidad habrá de decidir sobre la validez material de la norma jurídica, la cual no se legitima por sí misma o por ser emanación de un órgano de poder sino que su validez es la conformidad material de la norma con las formas que la Constitución establece. Un segundo aspecto a tomar en consideración en cuanto al principio de razonabilidad de la pena, es el conformidad o armonía de la norma jurídica con los principios garantías y derechos que el orden constitucional establece, esa relación de conformidad es necesaria, pues solo si la norma respeta el orden constitucional no será irracional ni obedecerá a árbitros desmedidos del legislador; lo que significa entonces, que el legislador debe respetar la Constitución. De ahí que la razonabilidad jurídica como parte integrante del principio de proporcionalidad señale la necesidad de adecuación entre la Constitución y la ley de manera especial, en cuanto a la observación de los perjuicios, derechos y libertades de la Carta Magna confiere a toda persona. Asimismo habrá de observarse la razonabilidad de los efectos que la ley produce sobre los derechos de las personas lo que significa que la norma infra constitucional no debe imponer a la libertades y derechos más limitaciones o cargas que los que razonablemente se deriven de los mismos, sin restringir el aspecto nuclear de dichos derechos y libertades, pues solo así estos cumplirán los fines que la Constitución ha previsto para ello.

Trigésimo Octavo: Que, el principio de proporcionalidad supone una pena adecuada a la culpabilidad, pero sujeta a los fines preventivo generales positivos y preventivo especiales positivos de la pena, teniendo como límite el grado de culpabilidad sobre el hecho, sólo la pena proporcional responde en el plano dogmático a las necesidades de prevención general y especial, de ahí que la pena, como agrega la citada autora²⁹², quede deslegitimada cuando en su fundamento es el castigo la expiación, la retribución pura y absoluta del hecho, el ejemplarizar ante los demás o el inocular al

²⁹⁰ (11) Exp. 0003-2005-PI/TC.

²⁹¹ (12) LÓPEZ FUNES, Ingrid Elizabeth, "Los mecanismos de control de constitucionalidad de la jurisdicción ordinaria", San Salvador, 2003, p. 114,

²⁹² (13) LÓPEZ FUNES, Ingrid Elizabeth. Ob Cit. P. 115.

hombre; todos estos fines que pretenden ser esenciales afectan la razonabilidad de las penas, porque son desproporcionadas y atenta contra la dignidad humana.

Trigésimo Noveno: Que, en este sentido si la pena por violación sexual ,cuando la víctima oscila entre catorce años de edad y menos de dieciocho, resulta ya excesiva en su determinación por el legislador cuando fija los límites a efectos de la pena en sus rangos mínimos y máximos, por las razones antes anotadas, esa misma pena por estar desprovista de los criterios de proporcionalidad y razonabilidad resulta más lesiva a los derechos del supuesto infractor cuando se ha comprendido sin ningún criterio a las relaciones sexuales consentidas entre los adolescentes, hecho que obliga a pensar en un pronto cambio a nivel congresal en lo que atañe a este tema.

Cuadragésimo: Que, por consiguiente siguiendo en este esquema a Panta Cueva²⁹³, el dispositivo previsto en el artículo 173 inciso 3 del código penal tiende a cometer el error de sobrepenalizar una conducta que de alguna forma atenta contra la fisiología misma de la persona y peor aún atenta contra lo usual, lo cotidiano, lo que realmente se da, se ha dado y se viene dando, en este sentido de que los jóvenes en edad de madures fisiológica tengan trato carnal de acuerdo a su inclinación sexual.

Cuadragésimo Primero: Que, además no puede concebirse la evidente contradicción en la desproporción entre las penas impuestas para otra clase de delitos de mayor gravedad como por ejemplo los delitos de homicidio y sus formas agravadas y también el genocidio en cuanto a las penas mínimas y máximas; por lo que la sobrepenalización para esta clase de delitos sale del contexto de la protestad punitiva del Estado, convirtiéndola de suyo en inconstitucional.

Cuadragésimo Segundo: Que asimismo, la pena privativa de la libertad desde la óptica contemporánea, no ha sido concebida para que el infractor sea sancionado mediante penas dilatadas buscando solamente infringir un castigo y mostrar un panorama de dureza ante el delito; por ello, el agravamiento de la pena adoptada por el legislador para sancionar con mayor severidad a quienes infringen la disposición contenida en el artículo 173 inciso 3 del código penal no es adecuada a la finalidad descrita en el inciso 22 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado pues se desnaturaliza su función resocializadora y se le convierte en un mecanismo meramente represivo, degradándose el principio de humanidad de las penas afectándose incluso el núcleo esencial de la dignidad humana y de la libertad.

Cuadragésimo Tercero: Que, de otro lado si bien en anteriores ocasiones este colegiado ha sostenido que el control constitucional difuso se realiza cuando los jueces fallan en el fondo de la cuestión controvertida, nada impide que el control constitucional se realice también al expedirse otro tipo de resoluciones, como es el caso del Auto Denegatorio de Instrucción, pues los presupuestos esenciales para ejercitar el control difuso no es otro que la tutela de la preeminencia de la norma constitucional sobre cualquier otra norma de rango inferior que sea contraproducente con la primera, defensa que no puede ser relegada únicamente al instante de fallar el fondo de la cuestión, sino por el contrario los jueces deberán ejercer el mismo, en toda las actuaciones procesales, pues es deber ineludible de todo juez la defensa de la Constitución y la vigencia de los derechos fundamentales. Por estas consideraciones: **DESAPROBARON** la resolución consultada de fojas treinta y uno, su fecha diecisiete de septiembre del dos mil siete que implica al presente caso la Ley 28704 en el extremo que modificó el artículo 173 del código penal que incluye en su acápite 4 como sujeto pasivo del delito de violación de menor de edad a aquel comprendido entre los catorce años de edad y menos de dieciocho, **RECOMENDARON** que los jueces de la causa verifiquen en cada caso concreto las posibles causas de atenuación de la pena señaladas en el presente resolución a efectos de imponer, en su caso penas por debajo del mínimo legal establecido; en los autos seguidos en contra de José

²⁹³ (14) PANTA CUEVA, David Fernando. *"La desacertada reforma de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales"*. En Actualidad Jurídica, Lima, 2006, 129.

Félix Álvarez, por el delito de violación sexual, previsto en el artículo 173 inciso tres del código penal en agravio de la menor de unciales I.H.R. y los devolvieron.

SS. Sánchez Palacio Paiva; Gazzolo Villata; Pachas Avalos; Ferreira Bilozola, Salas Medina.

Los fundamentos del voto de los señores vocales Gazzolo Villata y Salas Medina son como sigue.

Primero: Que, la Constitución Política (...), en el segundo párrafo del artículo 138 reconoce el control difuso como control judicial de la Constitución en virtud del cual se convierte a los jueces en los principales contralores de la legalidad constitucional debiendo aplicar dicha facultad solo cuando existe un conflicto real y concreto de intereses en la cual debe discernirse la compatibilidad o incompatibilidad de una norma inferior.

Segundo: Que, el artículo 14 del texto único ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, establece que cuando los magistrados al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, en cualquier clase de proceso o especialidad, encuentran que hay incompatibilidad en su interpretación, de una disposición constitucional y una con rango de ley resuelven la causa con arreglo a la primera. Las sentencias si expedida son elevadas en consulta a la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia.

Tercero: Que, estando a la materia controvertida resulta peramente señala que la Constitución Política del Estado en su inciso 24, artículo 2, consagra el derecho de toda persona a la libertad, y que el código civil en su artículo 43, legisla sobre al incapacidad absoluta de los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley; en tanto que en el tercer párrafo de su numeral 46, establece que la incapacidad de los mayores de 14 años cesa con el nacimiento del hijo solo para ciertos actos tales como el reconocimiento de su hijo.

Cuarto: Que, en el caso de autos de los recaudos que acompañaban a la denuncia, particularmente de la referencial de la menor, de la partida de nacimiento a fojas dieciocho y del informe psicológico de fojas veintiuno, se advierte que la menor I.H.R. sostuvo acceso carnal con el denunciado José Félix Álvarez, cuando contaba con catorce años de edad.

Quinto: En el caso de autos si bien la menor I.H.R. ha afirmado a nivel policial que sostuvo relaciones sexuales con el imputado y que en la actualidad viven juntos, habiendo procreado una hija, dicho consentimiento no puede servir de fundamento para dejarse de aplicar la disposición contenida en el acápite 4 del artículo 173, del código penal, modificado por el artículo uno de la ley 28704 pues la manifestación de su voluntad no puede ser tomada como valida por encontrarse dentro del supuesto de incapacidad absoluta prevista en el inciso 1 del artículo 43 del código civil, no siendo aplicable por extensión al caso de autos la excepción prevista en el párrafo tercero del artículo 46 del citado código civil, pues dicha norma se refiere a los mayores de catorce años, lo que no ocurre en el presente caso, pues el acceso carnal se produjo cuando la menor contaba con catorce años de edad.

Sexto: Que, siendo así a la habérsele declarado inaplicable al caso de autos el acápite cuarto del artículo 173 del código penal modificado por el artículo 1 de la ley 28704 por incompatibilidad con el derecho a la libertad consagrado en el inciso 24 del artículo 2 de la Constitución Política del Estado, corresponde desaprobar la resolución consultada por no encontrarse arreglada a derecho no obstante es necesario haber algunas precisiones sobre la desproporcionalidad de la pena en atención a la severidad punitiva impuesta por el legislador para esta clase de delitos, dado que puede suceder que la norma penal no haya previsto determinado hechos o conductas que pudieran acontecer dentro de una determinada realidad social, así como en el presente caso, las relaciones sexuales consentidas entre menores de edad, lo que denotaría una marcada desproporción punitiva de aplicarse la pena previstas en el artículo 173 inciso tres del código penal.

Verifiquen cada caso en concreto posibles causales de atenuación de las penas señaladas en las presente resolución a efectos e imponer en su caso, penas por debajo del mínimo legal establecido; en los autos seguidos contra José Félix Álvarez por el delito de violación de la libertad sexual en agravio de la menor I.H.R. y se devuelvan.-

SS. Gazzolo Villata, Salas Medina

§02. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

Sala:	Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente
Consulta:	2224-2007
Origen:	Corte Superior de Arequipa, Segunda Sala Penal
Expediente de Origen:	1753-2007
Jurisdicción:	Penal
Procesado:	Paraguay Quispe Sabino
Agraviada:	J.M.L.S. (17 años)
Tipo de Resolución:	Consulta
Delito:	Violación sexual
Fecha:	20 de noviembre del 2007
Resumen	Control difuso.

Sumilla: (...) Cuarto.- (...) si bien (...) la Ley 28704, establece una sanción para quien comete el acto sexual con un menor de edad, (...) se contrapone con la Carta Magna que garantiza el derecho a la libertad (...) de los menores (...) [desde] que el ordenamiento (...) civil, permite el matrimonio entre menores de (...) dieciséis años en adelante.

Quinto.-En los delitos contra la libertad sexual, el bien jurídico protegido es (...) la capacidad de actuación que le asiste al individuo con el solo imperio de su voluntad de disponer ante sí y frente a los demás (...) de su propio sexo, con la voluntad de elegir, aceptar o rechazar las pretensiones que produzcan en la esfera de su sexualidad (...) si (...) la edad en la que se permite el matrimonio (...) [es] de dieciséis años y (...) la Constitución (...) garantiza el derecho a la libertad (...), entendiéndose que un menor de dieciséis años en adelante puede discernir para hacer uso de su sexualidad, (...) al castigarse dicha conducta se estaría vulnerando el derecho a la libertad (...) prevista en la Constitución (...), en consecuencia **APROBARON** la resolución consultada (...) [que] declara **INAPLICABLE**(...) el artículo 173 inciso 3 del Código Penal modificado por el artículo 1 de la Ley 28704 (...).

Corte Suprema de Justicia de La República
Sala de Derecho Constitucional y Social
Consulta N° 2224-2007, Arequipa

Lima, veinte de noviembre de 2007

VISTOS Y ATENDIENDO.-

Primero.- Viene en consulta, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley orgánica del Poder Judicial, la Resolución de fecha diez de agosto de dos mil siete, emitida por la segunda sala penal de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, de fojas cincuenta y tres, en el extremo que declara inaplicable con la Constitución Política del Estado.

Segundo.- El artículo catorce de la Ley Orgánica del Poder Judicial ha establecido que cuando los jueces de cualquier especialidad, al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, encuentran que hay incompatibilidad en su interpretación, entre una disposición constitucional y una de rango de Ley, resuelve la causa con arreglo a la primera; así las sentencias en las que se haya efectuando el control constitucional deben ser elevadas en consulta a la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema, sino fueran impugnadas.

Tercero.- En el presente caso, la Sala Superior ha determinado que la Ley 28704, que modifica el artículo 173 del Código Penal, vulnera los derechos al libre desarrollo de la personalidad (artículo 2

inciso 7 de la Constitución Política del Estado), derecho a la libertad (artículo 2 inciso 24, literal a) de la Carta Magna) y el principio de la legalidad penal al negar los derechos sexuales y reproductivos de los adolescentes (artículo 2, inciso 24, literal d) de la Constitución de 1993).

Cuarto.- En efecto, la Constitución Política del Estado consagra el derecho a la libertad de las personas, sin trasgredir los derechos de los otros, por lo que la persona puede disponer de su vida sexual, sin interferencia del Estado, mientras no perjudique a los demás; y si bien es cierto el derecho penal, mediante la Ley 28704, establece una sanción para quien comete el acto sexual con un menor de edad, dicha norma se contrapone con la Carta Magna, que garantiza el derecho a la libertad de las personas y en este caso de los menores de edad desde el momento en que el ordenamiento legal, en materia civil, permite el matrimonio entre menores de edad de dieciséis años en adelante.

Quinto.- En los delitos contra la libertad sexual, el bien jurídico protegido es precisamente esto, entendido como la capacidad de actuación que le asiste al individuo con el solo imperio de su voluntad de disponer ante sí y frente a los demás integrantes de la comunidad de su propio sexo, con la voluntad de elegir, aceptar o rechazar las pretensiones que produzcan en la esfera de su sexualidad. Más cuando se encuentren ausentes de la estructura psíquica del sujeto, el intelecto y la voluntad, falta también capacidad para elegir libremente los sentimientos individuales del sexo. Razón por la cual se tutela el pudor sexual. De ahí que si entendemos que la edad en la que se comete el hecho es a los dieciséis años y que la Constitución Política del Estado garantiza el derecho a la libertad de las personas, entendiéndose que un menor de 16 años es adelante puede discernir para hacer uso de su sexualidad, y al castigarse dicha conducta se estaría vulnerando el derecho a la libertad de las personas prevista en la Constitución Política del Estado.

En consecuencia **APROBARON** la resolución consultada de fojas cincuenta y tres, de fecha diez de agosto de 2007, en cuanto declara **INAPLICABLE** para el caso concreto el artículo 173 inciso 3 del Código Penal modificado por el artículo 1 de la Ley 28704, al procesado Sabino Paraguay Quispe por el delito de violación de la Libertad Sexual en agravio de J.M.L.S. y los devolvieron.-

SS. Sánchez Palacios Paiva; Gazzolo Villata; Pachas Avalos; Ferreira Vildozola; Salas Medina.

§03. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

Sala: Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente
Consulta: 637-2008
Origen: Arequipa
Expediente de Origen: 2ª Sala Penal de Arequipa
Jurisdicción: Penal
Procesado: Leonidas Vicente Jihuallanca Arapa (39 años)
Agravada: M.A.G.B (16 años)
Tipo de Resolución: Sentencia
Delito: Violación sexual de menor
Fecha: 30 de abril de 2008

Resumen: Consentimiento, inaplicabilidad, control constitucional.

Sumilla: **TERCERO:** (...) se acusa al denunciado, quien contaba al momento de (...) los hechos (...) con treinta y nueve años de edad, haber mantenido relaciones sexuales con la referida agraviada cuando la misma tenía dieciséis años. **SÉTIMO:** (...) [según] la Ley N° 28074 (...) toda relación sexual con (...) menor de dieciocho años constituye delito de violación sexual, independientemente a que ésta consienta o no (...). **DÉCIMO:** (...) [en] la Encuesta Demográfica y de Salud Familiar dos mil (...) (...) la edad (...) a la primera relación (...) [es] diecinueve años (...) [y] en las mujeres sin educación o con instrucción primaria (...) diecisiete años (...) [otros] estudios (...) [lo] señalan (...) [de] trece a catorce (...) en varones y (...) quince (...) en mujeres. **DÉCIMO PRIMERO:** (...) el problema de la violencia sexual contra menores (...) deviene en causas y factores que pueden escapar a la legislación, como en efecto ha sucedido en el presente caso (...). **DÉCIMO SEGUNDO:** (...) la determinación del inicio de la actividad sexual (...) no puede estar impuesta por una ley positiva, en atención a criterios subjetivos preestablecidos o meramente cronológicos, ni la legislación penal puede reprimir la actividad sexual consentida de una persona que tiene el desarrollo necesario y la aptitud suficiente para decidir sobre su sexualidad (...). **DÉCIMO QUINTO:** (...) la mayoría de países de América Latina considera que la edad promedio (...) –dada su madurez biológica y psicológica- (...) es de doce años. **DÉCIMO SEXTO:** (...) un estudio del Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos sostiene, citando [el] (ENDES 2004-2005) [señala] (...) la edad del inicio sexual (...) a los dieciséis como ocho años en los hombres y a los dieciocho como dos años en las mujeres. No obstante, existen (...) variaciones entre regiones y niveles educativos (...). Así un estudio realizado por la Universidad Cayetano Heredia en el dos mil cinco en (...) (Lima, Huancayo e Iquitos) [lo] reporta (...) a los dieciséis años (...) [en] varones a los quince como cinco años (...). **DÉCIMO SÉTIMO:** (...) en el mismo estudio realizado por la Universidad Cayetano Heredia (dos mil cinco) (...) un 93% de la mujeres y 52% de los varones refieren haberse iniciado sexualmente con “el/la enamorado”, (...) los motivos (...) “porque ambos queríamos tenerlas”: 54.9% (...) las mujeres y 49.8 en varones; “porque yo quería”: 9.5% y 22.5% respectivamente; “no fue planeado/inesperado”: 34.7% y 32.2% respectivamente). (...) [en] otro estudio realizado por la ONG Manuela Ramos en (...) (Lima, Ayacucho, Ucayali y Huancavelica) (...) el 79% de los/las adolescentes señaló que había experimentado relaciones sexuales voluntarias o consensuales, indicando la curiosidad y el deseo como razones de la iniciación. **DÉCIMO OCTAVO:** (...) la noción del consentimiento (...) [y] “edad de protección” consagrada por la Convención Internacional de los Derechos del Niño (...) debe regularse de acuerdo a su edad y madurez (...) artículo 12) (...) [y] el Código de los Niños y Adolescentes [que] en su artículo cuarto (...) consagra el principio del interés superior del niño y del adolescente y (...) que se “respete su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar”. **VIGÉSIMO TERCERO:** (...) de la declaración prestada por la menor (...) [y] los medios de prueba (...) se infiere (...), que las relaciones sexuales (...) se han realizado con su consentimiento, (...) [y] al consentir las relaciones sexuales (...) no ha hecho otra cosa que decidir sobre su propia actividad sexual, (...) manifestación concreta del derecho (...) a su libre desarrollo y bienestar personal (...) reconocido (...) [por] la Constitución Política del Estado. **VIGÉSIMO CUARTO:** (...) [se] ha presentado un conflicto (...) [entre el] el artículo 2 numeral 1 de la Constitución Política (...) derecho (...) a la libertad sexual (...) y (...) el artículo 1 de la Ley 28704 que modifica el artículo 173 inciso 3 del Código Penal (...) [que] tipifica el delito de violación sexual de menores de catorce y dieciocho años de edad (...) por lo que es necesario dilucidar dicho conflicto a favor de la norma constitucional precitada. **VIGÉSIMO QUINTO:** (...) el artículo 44 inciso 1) del Código Civil establece la incapacidad relativa (...) para los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad (...) próxima a los límites de la mayoría de edad (...). **VIGÉSIMO SEXTO:** (...) [según el] artículo 46 del Código Civil, (...) [cesa] la incapacidad (...) por matrimonio, resultaría un contrasentido (...) [que una] mayor de dieciséis (...) casada pueda ser víctima de violación presunta. **VIGÉSIMO SÉTIMO:** (...) **APROBARON** la sentencia (...) que declara **INAPLICABLE** (...) el artículo 173 inciso 3 del Código Penal modificado por el artículo 1 de la Ley 28704 (...).

**CONSULTA N°. 637-2008
AREQUIPA**

Lima, treinta de abril del dos mil ocho.-

VISTOS: Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, la Resolución dictada en estos autos por la Segunda Sala Especializada en lo Penal de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, (...), del treinta y uno de enero del dos mil ocho, ha sido elevada en consulta a ésta Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al haberse dejado de aplicar el artículo 173 inciso 3 del Código Penal, modificado por el artículo 1 de la Ley N° 28704 que incluye como sujeto pasivo del delito de violación de menor de edad a aquel comprendido entre los catorce años de edad y menos de dieciocho, sin afectar su vigencia; en el proceso penal por el delito de violación de la libertad sexual, seguido contra Leonidas Vicente Jihualanca Arapa, en agravio de la menor de iniciales M.A.G.B.

SEGUNDO: Que, según el artículo 138 de la Constitución Política (...) en todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera e igualmente deben preferir la normal legal sobre toda otra norma de rango inferior, asimismo, el artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial prescribe que cuando los Magistrados al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, encuentren que hay incompatibilidad en su interpretación, de una disposición constitucional y una con rango de ley, resolverán la causa con arreglo a la primera

TERCERO: Que, en el presente caso, con la acusación fiscal obrante a fojas ciento cuarenta y tres, se acusa a don Leonidas Vicente Jihualanca Arapa por el delito de Violación de la Libertad Sexual, previsto en el artículo 173 inciso 3 del Código Penal modificado por el artículo 1 de la Ley N° 28704 en agravio de la menor M.A.G.B., básicamente se acusa al denunciado, quien contaba al momento de ocurrido los hechos denunciados con treinta y nueve años de edad, haber mantenido relaciones sexuales con la referida agraviada cuando la misma tenía dieciséis años.

CUARTO: Que, el tema a que el presente caso se contrae, debido a la complejidad de su contenido, la naturaleza del proceso que se ventila y por la serie de derechos que se encuentran en discusión, obliga a este Supremo Colegiado a efectuar un análisis razonando a los efectos de encontrar una solución actual y en justicia conforme a la trascendencia de la materia consultada.

QUINTO: Que, en principio es preciso tener en cuenta el marco legislativo sobre el cual gira el denominado delitos de violación de menores de edad comprendidos entre los catorce y dieciocho años de edad. Al respecto, el artículo 170 del Código Penal, modificado por el artículo 1 de la Ley N° 28704 que define el tipo base de los delitos contra la libertad – violación sexual prevé que aquel que con violencia o grave amenaza, obliga a una persona a tener acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de ocho años; coherente con lo anterior, el texto original del artículo 173 del Código Penal establecía que el que practica el acto sexual u otro análogo con un menor de catorce años, será reprimido con las siguientes penas privativas de libertad: 1) Si la víctima tiene menos de siete años, la pena será no menor de quince años; 2) Si la víctima tiene de siete años a menos de diez, la pena será no menor de ocho años. 3) Si la víctima tiene de diez años a menos de catorce, la pena será no menor de cinco años; y si el menor era discípulo, aprendiz o domestico del agente o su descendiente, hijo adoptivo, hijo de su cónyuge o de su concubina, o un menor confiado a su cuidado, la pena privativa de libertad será, respectivamente, no menor de veinte, doce y ocho años, para cada uno de los casos previstos en los tres incisos anteriores; en este mismo sentido el texto original del artículo 175 del Código Penal previno que quien mediante engaño, practique el acto sexual con una persona de catorce años y

menor de dieciocho, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicio comunitario de veinte a cincuenta y dos jornadas.

SEXTO: Que, lo establecido en el artículo 173 del Código Penal ha sido objeto de sucesivas modificaciones legislativas: por Ley N° 26293, Decreto Legislativo N° 896, Ley N° 27472, Ley N° 27507 y la Ley N° 28251 respectivamente, normas a través de las cuales básicamente se modificó el quantum de la pena a imponerse en ese tipo de delitos, teniéndose en cuenta la edad de la víctima menor de catorce años de edad, llegándose a establecer inclusive que si la víctima tenía menos de siete años, la pena a imponerse sería de cadena perpetua; además, la última Ley modificatoria N° 28251 introduce una nueva definición del delito de violación de menores de catorce años, estableciéndola como el acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, equiparando a actos análogos a la introducción de objetos o partes del cuerpo; empero, las sucesivas modificaciones legislativas, el Código Penal mantiene la definición de los delitos de violación de menores de catorce años y seducción o estupro, contemplado en el artículo 175 del acotado.

SÉTIMO: Que, el cinco de abril del dos mil seis se publicó en el diario Oficial el Peruano la Ley N° 28074, norma que modifica el tipo penal de Violación Sexual de Menor de edad de catorce años, ampliando su ámbito de protección a las personas que tienen entre los catorce y los dieciocho años de edad. De acuerdo a esta norma, actualmente toda relación sexual con una persona menor de dieciocho años constituye delito de violación sexual, independientemente a que ésta consienta o no, aplicándosele una pena privativa de libertad entre veinticinco y treinta años.

OCTAVO: Que, el tema aquí en análisis ciertamente gira en torno al fenómeno de la violencia sexual que exige, si bien la toma de medidas necesarias y disuasivas para que esta clase de delitos desaparezca o por lo menos aminore en nuestra sociedad, no obstante, ello no puede servir como alegato para penalizar las relaciones sexuales de los jóvenes adolescentes en desmedro de lo que se ha dado en llamar la "libertad sexual de los adolescentes".

NOVENO: Que, Tavera -Orozco²⁹⁴ refiere que una sociedad con patrones culturales tradicionales, como la nuestra, ni la familia, ni la escuela, ni en general la sociedad acepta fácilmente la idea de la sexualidad en la adolescencia. Por ello no se educa a los adolescentes sobre la vida familiar o sexual pues solamente se les brinda una educación insuficiente y sin relación con sus necesidades reales en el que las adolescentes raramente acceden a los servicios de salud productiva y anticoncepción.

DÉCIMO: Que, añade dicho autor²⁹⁵ citando a la Encuesta Demográfica y de Salud Familiar dos mil (ENDES dos mil), que la edad mediana a la primera relación sexual de las mujeres de veinte a cuarenta y nueve años es a los diecinueve años. Debe considerarse de esta misma fuente que en las mujeres sin educación o con instrucción primaria, este indicador ocurre a los diecisiete años. De otro lado, en lo que aquí refiere, agrega el citado autor, existen estudios que señalan que el inicio de la vida sexual es a los trece a catorce años en varones y a los quince años en mujeres.

DÉCIMO PRIMERO: Que, es menester precisar que el problema de la violencia sexual contra menores en nuestro país deviene en causas y factores que pueden escapar a la legislación, como en efecto ha sucedido en el presente caso, y que mas bien se encuentran vinculados a la salud, educación, situación de inseguridad y pobreza de la población, no basta entonces con la emisión de una norma que finalmente termine desconociendo precisamente a quienes pretende proteger.

DÉCIMO SEGUNDO: Que, en tal sentido, la determinación del inicio de la actividad sexual de una persona no puede estar impuesta por una ley positiva, en atención a criterios subjetivos

²⁹⁴ (1) TAVARA-OROZCO, Luis "Contribución de las adolescentes a la muerte materna en el Perú" encontrado en la pagina Web: <http://sisib.unmsm.edu.pe/BVRevistas/ginecologia/Vol50-N2/a06.htm>.2007.

²⁹⁵ (2) TAVARA OROZCO, Luis. Ob Cit.

preestablecidos o meramente cronológicos, ni la legislación penal puede reprimir la actividad sexual consentida de una persona que tiene el desarrollo necesario y la aptitud suficiente para decidir sobre su sexualidad, antes bien corresponde a la persona humana dicha decisión, es la propia persona la que de acuerdo a su propio desarrollo psíquico y fisiológico quien deberá determinar en qué momento estará lista o ha adquirido la madurez necesaria para dar inicio a su actividad sexual; los padres en ese sentido cumplen una función esencialmente orientadora y favorecedora del desarrollo integral de los hijos menores de edad.

DÉCIMO TERCERO: Que, al respecto, según datos proporcionados por UNICEF²⁹⁶ (...) la edad mínima de libre consentimiento, es decir, la edad en la que se puede decidir tener relaciones sexuales con una persona, varía bastante en todo el mundo, así por ejemplo, refiere dicho organismo que en algunas partes de los Estados Unidos, o en Egipto, y ahora en el Perú, la edad es de dieciocho años; en Irlanda del Norte, diecisiete; en Namibia, dieciséis; en Suecia, quince; en Canadá, catorce; en Corea, Trece; y en México, doce. En tal sentido, si bien no existe un consenso sobre la edad de libre consentimiento, existe una preocupación de la Convención sobre los Derechos del Niño porque se proteja a los menores de edad contra todas las formas de abuso sexual.

DÉCIMO CUARTO: Que, otro alcance estadístico respecto a la edad del comienzo del ejercicio de la libertad sexual, esta vez en lo que concierne al derecho comparado latinoamericano nos lo proporciona el penalista nacional Castillo Alva²⁹⁷, así por ejemplo: Brasil/catorce años, Puerto Rico/catorce años, Paraguay/catorce años, Colombia/catorce años, Ecuador/catorce años, El Salvador/catorce años, Argentina/trece años, España/trece años, Costa Rica/doce años, Cuba/doce años, Honduras/doce años, Guatemala/doce años, Chile/doce años, México/doce años y Venezuela/doce años.

DÉCIMO QUINTO: Que, por consiguiente, en torno a la legislación internacional sobre despenalización de las relaciones sexuales consentidas, la mayoría de países de América Latina considera que la edad promedio para que una persona esté en capacidad –dada su madurez biológica y psicológica- para decidir voluntariamente si tiene o no relaciones sexuales es de doce años.

DÉCIMO SEXTO: Que, un estudio del Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos sostiene, citando a la Encuesta Demográfica Nacional (ENDES 2004-2005)²⁹⁸, que la edad del inicio sexual reportado en el país ocurre en promedio a los dieciséis como ocho años en los hombres y a los dieciocho como dos años en las mujeres. No obstante, existen grandes variaciones entre regiones y niveles educativos siendo el inicio sexual más temprano en las regiones de la Amazonía y la sierra tal como lo reportan estudios de investigación realizados en el Perú. Así un estudio realizado por la Universidad Cayetano Heredia en el dos mil cinco en tres ciudades del país (Lima, Huancayo e Iquitos) reporta que el inicio sexual en mujeres adolescentes sucede en promedio a los dieciséis años mientras que en el grupo de varones a los quince como cinco años. Se sabe también por éste estudio que existe un estrecho vínculo entre el acceso a la educación sexual oportuna y la postergación del inicio sexual, lo cual se evidencia en el dato que señala que el inicio sexual antes de los quince años es cinco veces mayor en mujeres con menos de siete años de escolaridad (ENDES dos mil cuatro-dos mil cinco)

DÉCIMO SÉTIMO: Que, con respecto al tipo de pareja con la que los y las adolescentes reportan tener relaciones sexuales, en el mismo estudio realizado por la Universidad Cayetano Heredia (dos

²⁹⁶ (3) Datos encontrados en la pag. Web de la UNICEF: www.unicef.org/voy/spanish

²⁹⁷ (4) CASTILLO ALVA, José Luis. "La Muerte de la Sexualidad en los Adolescentes" En Revista Actualidad Jurídica N° 149. Lima. Perú. 2006.

²⁹⁸ (5) ENDES 2004-2005. Encuesta Demográfica y de Salud Familiar, encontrado en la página Web del Ministerio de Salud, www.minsa.gob.pe.

mil cinco)²⁹⁹, se encuentra que un 93% de las mujeres y 52% de los varones refieren haberse iniciado sexualmente con “el/la enamorado”, lo cual significaría que se trata de relaciones sexuales voluntarias. Este dato se confirma con la información acerca de los motivos para tener relaciones sexuales, en los cuales los adolescentes reportan relaciones sexuales consensuales (“porque ambos queríamos tenerlas”: 54.9% en el caso de las mujeres y 49.8 en varones; “porque yo quería”: 9.5% y 22.5% respectivamente; “no fue planeado/inesperado”: 34.7% y 32.2% respectivamente). Merece destacar, asimismo otro estudio realizado por la ONG Manuela Ramos en cuatro regiones del Perú (Lima, Ayacucho, Ucayali y Huancavelica) con población adolescente mayor de catorce años que coincide con los datos antes descritos, en este caso, el 79% de los/las adolescentes señaló que había experimentado relaciones sexuales voluntarias o consensuales, indicando la curiosidad y el deseo como razones de la iniciación.

DÉCIMO OCTAVO: Que, (...), en torno a la noción del consentimiento del adolescente, cabe resaltar la noción de “edad de protección” consagrada por la Convención Internacional de los Derechos del Niño, la que se sustenta en el paradigma de que el niño debe ser protegido y, aun cuando es sujeto de derechos, estos deben regularse de acuerdo a su edad y madurez (preámbulo de la Convención y su artículo 12). Además, y en circunstancias en que se contrapongan los derechos y deberes de un adulto con los de un niño, debe tenerse en cuenta que el Código de los Niños y Adolescentes en su artículo cuarto, además de reconocer que los menores de dieciocho años no pueden ser penalizados, consagra el principio del interés superior del niño y del adolescente y el respeto a sus derechos, entre ellos, a que se “respete su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar”.

DÉCIMO NOVENO: Que, llegado a este punto, conviene efectuar algunas precisiones sobre la Ley N° 28704 finalmente aprobada por el Congreso de la República, así como su debate en sede congresal. No obstante, no es intención de la presente resolución hacer un seguimiento pormenorizado de los orígenes de la citada Ley pues la misma fue debatida in extenso en dicho Poder del Estado.

VIGÉSIMO: Que, así por ejemplo, de la séptima sesión del veintidós de abril del dos mil cuatro aparecida en el diario de debate del Congreso respecto al Proyecto de la Ley N° 28704, se advierte la formulación de una serie de textos sustitutorios que dejan denotar que la referida Ley fue muy discutida y en algunos puntos incluso no se llegaba a un consenso en cuanto al artículo 173 inciso 3 del Código Penal³⁰⁰.

VIGÉSIMO PRIMERO: Que, en este escenario, la Ley N° 28704 encontrándose ya en plena vigencia ha sido objeto de críticas y opiniones contrarias a su promulgación, ello en mérito a diversas instituciones públicas y privadas como el Ministerio de Salud, el Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social y la Defensoría del Pueblo, entre otros, quienes se han pronunciado por una modificatoria de la Ley N° 28704, en especial del artículo 173 inciso 3 del Código Penal.

VIGÉSIMO SEGUNDO: Que, por la inconveniencia de la norma o las voces de alarma de la Organizaciones No Gubernamentales o del Gobierno sobre el tema, lo cierto es que existen en la actualidad varios Proyectos de Ley que proponen modificar el ya modificado artículo 173 del Código Penal (...)³⁰¹ ³⁰².

²⁹⁹ (6) Datos encontrados en la pág. Web del Centro de Promoción y Defensa de los derechos Sexuales y Reproductivos: www.promsex.org/

³⁰⁰ (7) Nos referimos en concreto a una votación del texto sustitutorio de los proyectos de Ley números 1022, 2562 y 3271/2001-CR.

³⁰¹ (8) Uno de aquellos proyectos modificatorios de la Ley N° 28704 fue el presentado por la Congresista Mercedes Cabanillas de fecha 18 de mayo del 2006 (...).

³⁰² (9) Otra propuesta Legislativa tendiente a modificar igualmente la Ley N° 28704 es la presentada por el Congresista Alejandro Rebaza Martell en fecha 07 de marzo del 2007 (...).

VIGÉSIMO TERCERO: Que, en el presente caso, de la declaración prestada por la menor (...) y de los medios de prueba merituados por la Sala Penal, se infiere razonadamente, que las relaciones sexuales mantenidas con el acusado Leonidas Vicente Jihuallanca Arapa se han realizado con su consentimiento, por lo que resulta evidente que la menor en referencia al consentir las relaciones sexuales (...) no ha hecho otra cosa que decidir sobre su propia actividad sexual, lo que constituye la manifestación concreta del derecho que tiene todo sujeto a su libre desarrollo y bienestar personal, derecho fundamental reconocido en el artículo 2 numeral 1 de la Constitución Política del Estado.

VIGÉSIMO CUARTO: Que, por tanto ésta Sala de Derecho Constitucional y Social considera que en el caso concreto se ha presentado un conflicto de normas jurídicas, de un lado la norma constitucional prevista en el artículo 2 numeral 1 de la Constitución Política (...) en cuanto reconoce como un derecho fundamental de la persona la libertad sexual y el libre desarrollo y bienestar personal, y de otro el artículo 1 de la Ley 28704 que modifica el artículo 173 inciso 3 del Código Penal y tipifica el delito de violación sexual de menores de catorce y dieciocho años de edad, con pena privativa de libertad no menor de veinticinco ni mayor de treinta años, por lo que es necesario dilucidar dicho conflicto a favor de la norma constitucional precitada.

VIGÉSIMO QUINTO: Que, a mayor abundamiento, el artículo 44 inciso 1) del Código Civil establece la incapacidad relativa para los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad, en tal sentido, como refiere Torres Vásquez³⁰³, la aptitud de dichas personas para desenvolverse por si mismos en las relaciones sociales así como para la asunción de su particular esfera de responsabilidad se encontraría próxima a los límites de la mayoría de edad, por lo que, en principio los actos que ellos realizan, producirían normalmente todos sus efectos que le resulten propios.

VIGÉSIMO SEXTO: Que (...), de lo establecido en el artículo 46 del Código Civil, es razonable suponer que el matrimonio de (...) mayores de dieciséis años resultaría permisible al conferirles la ley capacidad general plena de ejercicio dado el grado de madurez psico biológica alcanzado, por lo que al cesar la incapacidad de las personas mayores de dieciséis años de edad por matrimonio, resultaría un contrasentido de que una persona mayor de dieciséis años encontrándose casada pueda ser víctima de violación presunta.

VIGÉSIMO SÉTIMO: Que, por consiguiente, la legislación peruana no puede estar a contracorriente de lo estatuido legalmente en todos los países latinoamericanos cuyas realidades sociales y culturales se asemejan a la nuestra, por lo que mantener una legislación punitiva a este respecto, contradice la realidad social en la que se debe el legislador para que sus leyes tengan efectividad jurídica.

Por estas consideraciones: **APROBARON** la sentencia obrante a fojas trescientos setenta y siete, del treinta y uno de enero del dos mil ocho, que declara **INAPLICABLE** por colisión con los artículos 2 inciso 1, 2 inciso 24 apartado a) y d) de la Constitución Política del Estado, el artículo 173 inciso 3 del Código Penal, modificado por el artículo 1 de la Ley 28704; con lo demás que contiene, en el proceso penal por el delito de violación de la libertad sexual, seguido contra Leonidas Vicente Jihuallanca Arapa, en agravio de la menor de iniciales M.A.G.B.; Señor Vocal Ponente: Ferreira Vildózola; y los devolvieron.-

S.S. Rodríguez Mendoza; Gazzolo Villata; Pachas Ávalos; Ferreira Vildózola; Salas Medina

³⁰³ (10) TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. "Código Civil". Sexta Edición. Editorial Temis S.A. 2002.

§ 04. CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

Órgano: 16 Juzgado
Jurisdicción: Penal
Nº de Expediente: 247-06
Origen: Lima
Procedimiento: Ordinario
Tipo de Resolución: Sentencia
Juez: Pereira de Alcantara
Secretario: Del Carpio
Agravada: M.C.B. (13 años)
Procesado: Seth Rozas De La Cruz
Delito: Contra la indemnidad sexual en agravio de menor
Fecha: 24 de octubre de 2006

Resumen: Relación de pareja, consentimiento, procreación de un hijo.

Sumilla: (...) la imputación (...) [es por mantener] relaciones sexuales con la menor (...) que ha procreado un niño (...) [ella] indica que tenía trece años la primera vez que tuvo relaciones sexuales con su pareja, el denunciado, y que él sabía su edad (...) [Se tiene que] para dar movimiento al aparato jurisdiccional (...), no basta con hacer una mera adecuación de la hipótesis de incriminación al tipo penal invocado en forma general, sino que dicha hipótesis debe estar basada en una causa probable, sustentado en un conjunto de elementos que acrediten o hagan presumir la existencia de los hechos materia de incriminación, e individualizar la conducta prohibida, pues lo contrario constituiría un acto arbitrario (...), tenemos que no existe mérito para abrir instrucción contra el denunciado (...), pues (...) no aparecen indicios suficientes o elementos de juicio reveladores de que la menor (...) se haya visto vulnerada en su derecho a la indemnidad sexual, toda vez que (...) que (...) supuestamente habría mantenido relaciones sexuales con el denunciado (...) con su consentimiento y voluntad; sin embargo (...) no ha sido factible pronunciarse respecto al ilícito penal (...) en razón de no haberse identificado plenamente al denunciado, dificultando (...) el pleno esclarecimiento de los hechos (...) no significándose prueba suficiente la sola sindicación por parte de la perjudicada en contra del denunciado; por consiguiente (...) se declara no ha lugar a abrir instrucción.

Decimo Sexto Juzgado Penal de Lima
Expediente Nº 247-06

SENTENCIA

Lima, veinticuatro de octubre del año dos seis

AUTOS Y VISTOS: la denuncia formalizada por el representante del Ministerio Público, con los recaudos que se adjuntan y; **ATENDIENDO: PRIMERO:** Que, de las investigaciones preliminares y los documentos aparejados a la misma, por la División de la Policía del Ministerio Público, la imputación que se hace al encausado, quien tuvo relaciones sexuales con la menor agraviada cuando ella tenía **menos de catorce años**, la misma que **ha procreado un niño**, el cinco de enero de este año, en el Instituto Especializado Materno Perinatal, tal y como lo constató la Fiscal doctora Rita Arleny Figueroa Vásquez, en su acta de fojas seis, donde claramente señala la versión de la menor entrevistada quien indica que tenía trece años la primera vez que tuvo relaciones sexuales con su pareja, el denunciado, y que él sabía su edad, evidenciándose su accionar doloso ante la irrelevancia del consentimiento de una menor de catorce años de edad para tener relaciones sexuales, por lo que existiendo los suficientes indicios merituables de una instrucción, se hace imprescindible la apertura de investigación judicial contra quien no ha concurrido en ningún momento a prestar sus descargos conocedor de su reprochable accionar. **SEGUNDO:** Que, según como lo establece el artículo setenta y siete del Código

de procedimientos penales, modificado por la ley veintiocho mil ciento diecisiete, para abrir proceso de investigación judicial contra un ciudadano, se requiere que de la denuncia y los recaudos presentados por el Ministerio Público, aparezcan indicios suficientes o elementos reveladores de la existencia de un delito, que se haya individualizado a su presunto autor o partícipe, y que la acción penal no haya prescrito o no concurra alguna otra causa de extinción de la acción penal. **TERCERO:** Que, asimismo, de acuerdo al Principio de Legalidad recogido en el artículo segundo, inciso segundo, párrafo veinticuatro, numeral "d", de la Constitución Política del Estado y el artículo segundo del Título Preliminar del Código penal, nadie puede ser procesado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley de manera expresa e inequívoca como delito; y en este sentido se tiene que la conducta materia de la imputación por parte del Ministerio Público, debe adecuarse necesariamente a la hipótesis típica de la disposición penal pre existente invocada en la denuncia penal, no debiendo faltar alguno de los elementos constitutivos del delito, **CUARTO:** Que, conforme a lo antes glosado, tenemos, que para dar movimiento al aparato jurisdiccional del Estado, de acuerdo en el sistema democrático de administración de justicia, no basta con hacer una mera adecuación de la hipótesis de incriminación al tipo penal invocado en forma general, sino que dicha hipótesis debe estar basada en una causa probable, sustentada en un conjunto de elementos que acrediten o hagan presumir la existencia de los hechos materia de incriminación, e individualizar la conducta prohibida, pues lo contrario constituiría un acto arbitrario que iría contra el principio Presunción de Inocencia y Tutela Jurisdiccional. **QUINTO:** Que, analizado así los conceptos, tenemos que no existe mérito para abrir instrucción contra el denunciado Seth Rozas De La Cruz, pues conforme lo establece el artículo setenta y siete del Código de procedimientos penales, no aparecen indicios suficientes o elementos de juicio reveladores de que la menor de iniciales M.C.B., se haya visto vulnerada en su derecho a la indemnidad sexual, toda vez que al ser entrevistada la menor agraviada, por la representante del Ministerio Público, se desprende que la referida menor supuestamente, habría mantenido relaciones sexuales, con el denunciado Seth Rozas De La Cruz, con su consentimiento y voluntad; sin embargo conforme se desprende del sumario policial que antecede, éste indica que no ha sido factible pronunciarse respecto al ilícito penal denunciado, en razón de no haberse identificado plenamente al denunciado, dificultando de esta manera el pleno esclarecimiento de los hechos incriminados, no significándose prueba suficiente la sola sindicación por parte de la perjudicada en contra del denunciado; por consiguiente, esta judicatura, de conformidad con lo previsto en el tercer párrafo del artículo setenta y siete del Código de procedimientos penales; modificado por la ley veintiocho mil ciento diecisiete, se **DECLARA NO HA LUGAR A ABRIR INSTRUCCIÓN** contra Seth Rozas De La Cruz **POR DELITO CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL-VIOLACIÓN DE LA LIBERTAD SEXUAL – EN AGRAVIO DE LA MENOR** cuyo nombre se mantiene en reserva y se la identifica con la Clave A-veintiséis-cero seis. **MANDO:** Que consentida o ejecutoriada que sea la presente resolución se archive definitivamente lo actuado, se tome razón donde corresponda y se anulen los antecedentes que se hubieran originado como consecuencia de las investigaciones preliminares; con citación.

§ 05. CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA NORTE

Órgano: Sala Primera
Jurisdicción: Penal especializada para reos libres
Nº de Expediente: 2617-2006
Procedimiento: Ordinario
Origen: Cono Norte de Lima
Tipo de Resolución: Sentencia
Delito: Contra la indemnidad sexual de menor (art. 173º.3 C.p.)
Agraviada: B.M.L.J. (13 años)
Procesado: Sebastián Pisfil Gonzáles (22 años)
Fecha: 24 de mayo de 2007

Resumen: Consentimiento, relación de enamorados, error de tipo, intención de matrimonio, aceptación de los padres.

Sumilla: (...) la menor (...) conoce al encausado (...) [y] como enamorados comenzaron a mantener relaciones sexuales (...) /// que se realizaron con su consentimiento y voluntad (...) [la menor] mentía a sus padres diciéndoles que se iba a dormir a la casa de su tía (...) /// [la] madre (...) toma conocimiento (...) [cuando] su hija le confesó que el encausado era su enamorado /// [el acusado] manifiesta (...) ser enamorados (...) manteniendo relaciones sexuales de mutuo acuerdo y con pleno consentimiento de la menor (...) /// indicando (...) que continúa su relación sentimental (...) indica que desea casarse con la menor (...) y de ello ya habló con sus padres y han aceptado./// [A nivel de] Juicio Oral (...) la menor (...) afirma que mantiene la relación sentimental (...) con el consentimiento de sus padres (...) piensa postular a la Policía Nacional (...) y en cuanto a su relación sentimental (...) que piensa seguir adelante (...) lo cual indica que no ha sufrido menoscabo en su salud física ni mental, continuando con su plan de vida, así, no ha interrumpido sus estudios secundarios y tiene planes profesionales para su futuro inmediato. /// [La] madre (...) ante los sentimientos de su hija y los consejos de una psicóloga (...) decide consentir la relación entre ambos, agregando que el acusado es una persona trabajadora (...) /// de los hechos analizados se desprende, que el acusado y la menor (...) mantenían una relación sentimental desde fecha anterior a sus relaciones sexuales (...) habiendo accedido la menor al trato sexual y concurrido voluntariamente.

Corte Superior de Justicia de Lima Norte
Primera Sala Penal Especializada en Reos Libres

Expediente Nº: 2617-2006
SENTENCIA

Independencia, veinticuatro de mayo del año dos mil siete.-

VISTOS: En Audiencia Privada, el proceso seguido contra Sebastián Pisfil Gonzáles, por delito contra la Libertad Sexual – Violación de menor de catorce años – en agravio de la menor cuya identidad se mantiene en reserva con las iniciales B.M.L.J. y,

RESULTA DE AUTOS: Que, a mérito del Atestado Policial número setenta y cinco guión dos mil cuatro guión VII-DIRTEPOL-L-PNP/JSCO-CLCI-SEINPOL que obra a fojas uno a veinticinco, el señor Fiscal de la Primera Fiscalía Provincial Mixta de Los Olivos, formaliza denuncia penal de fojas veintiséis a veintiocho, por lo que el Señor Juez del Primer Juzgado Especializado Penal del Módulo Básico de Justicia de Los Olivos, abre instrucción por auto de fecha seis de octubre del dos mil cuatro obrante en autos a fojas veintinueve a treinta y uno; que, tramitada la causa conforme a su naturaleza

y a las normas procesales pertinentes, vencido el término de instrucción, el señor Fiscal y el señor Juez emitieron su dictamen e informe final respectivo, que obran a fojas ciento sesenta y uno a ciento sesenta y dos y ciento sesenta y cuatro a ciento sesenta y cinco respectivamente; elevado los actuados al Superior Jerárquico y remitidos a la Fiscalía, el Señor Fiscal Superior, formuló su acusación escrita, que obra a fojas ciento ochenta y ocho a ciento noventa, señalándose fecha y hora para la verificación del acto oral, el que se realizó conforme a los debates orales que obran en las actas respectivas, escuchada la Requisitoria oral y los alegatos de la Defensa y la Parte Civil, cuyas conclusiones corren en pliegos aparte y han sido tenidas en cuenta al expedirse el presente fallo, la causa ha quedado expedita para expedir sentencia; y,

CONSIDERANDO:

I.- DETERMINACIÓN DE LOS HECHOS PUNIBLES:

La persona de Nélida Esther Jáuregui Aranda denuncia en la comisaría de Laura Caller, que su menor hija con las iniciales B.M.L.J., había sido víctima de Violación de la Libertad Sexual – Violación Sexual por parte de Sebastián Pisfil Gonzáles, hecho ocurrido en reiteradas oportunidades, habiendo sido la última vez el día dieciséis de mayo del dos mil cuatro en su domicilio ubicado en el Asentamiento Humano Diecinueve de Mayo en los Olivos, habiendo tomado conocimiento de los hechos el diecisiete de mayo del dos mil cuatro en horas de la noche.

II.- DE LOS ACTOS DE INVESTIGACIÓN EN SEDE POLICIAL:

A nivel preliminar se actuó los siguientes actos de investigación:

PRIMERO: Manifestación policial de la menor agraviada con las iniciales B.M.L.J.: Refiere que conoce al encausado desde el mes de septiembre del dos mil dos debido a que en dicha fecha fue padrino de la hija de la empleada que trabajaba en su casa y por ser en esas fechas enamorado de su tía Jenny Jáuregui Aranda, volviéndolo a ver a fines de enero del dos mil cuatro cuando su tía Jenny la encomendó ir al taller del encausado para que le preste diez nuevos soles, comenzando a enamorarla desde dichas fechas, es así que desde el mes de febrero hasta mayo del dos mil cuatro ya como enamorados comenzaron a mantener relaciones sexuales hasta en ocho oportunidades tanto en el cuarto del encausado como en un hostel de la zona, siendo la última vez el dieciséis de mayo del dos mil cuatro, los mismos que se realizaron con su consentimiento y voluntad ya que le indicó el encausado que la amaba y quería; y que siempre le mentía a sus padres diciéndoles que se iba a dormir a la casa de su tía; habiéndole indicado antes que empezara a enamorarla y mantener relaciones sexuales que **tenía trece años de edad**.

SEGUNDO: Manifestación policial de Nelida Esther Jáuregui Aranda: Quien, es madre de la menor agraviada, precisa que toma conocimiento de los hechos debido a que es informada por el promotor del Colegio Particular Carlos Noriega en el sentido que su menor hija había llegado marcada en el cuello a dicho centro educativo, motivo por el que le preguntó a su hija quien le confesó que el encausado era su enamorado desde el mes de marzo del dos mil cuatro y que el día tres de mayo había sido abusada sexualmente.

TERCERO: Manifestación de Sebastián Pisfil Gonzáles: Quién manifiesta que la menor agraviada es su enamorada y que la conoció los primeros días del mes de enero del dos mil cuatro cuando caminaba frente a su taller de mecánica entablando conversación y una amistad, llegando a ser enamorados y manteniendo relaciones sexuales de mutuo acuerdo y con el pleno consentimiento de la menor desde la primera semana del mes de febrero del dos mil cuatro tanto en su cuarto como en un Hotel de la zona en ocho oportunidades aproximadamente; que cuando le preguntó su edad a la menor esta le manifestó que tenía quince años de edad, y que aparentaba dicha edad debido a su contextura física.

CUARTO: Certificado Medico Legal: El mismo que se aprecia en sus conclusiones Desfloración antigua y no signos de coito contra natura.

III.- DE LA DENUNCIA PENAL:

Por los hechos antes descritos el Ministerio Público formuló denuncia penal como es de verse en autos a fojas veintiséis a veintisiete, atribuyendo al acusado Sebastián Pisfil González el delito contra la Libertad Sexual – Violación Sexual de Menor de catorce años en agravio de la menor con las iniciales B.M.L.J., previsto y sancionado en el inciso tercero del artículo ciento setenta y tres del Código Penal.

IV.- DE LOS ACTOS DE INVESTIGACIÓN EN SEDE JUDICIAL:

En sede judicial se actuaron las siguientes diligencias:

PRIMERO: Declaración Instructiva del procesado Sebastián Pisfil Gonzales: Quien se ratifica de su manifestación policial de fojas catorce a diecisiete, indicando en esta ocasión que continúa su relación sentimental con la menor agraviada. En cuanto a los cargos incriminados, manifiesta que conoció a la menor agraviada desde el trece de noviembre del dos mil tres en circunstancias que acudía a almorzar al restaurante de propiedad de la tía de la menor de nombre Blanca Jáuregui y esta se encontraba allí; iniciando la relación sentimental en el mes de diciembre de dicho año la cual mantienen hasta la actualidad con consentimiento de los padres y familiares de la menor. Admite que mantuvieron relaciones sexuales aproximadamente ocho veces, siendo la primera el veintiséis o veintisiete de enero del dos mil cuatro y la última antes de la denuncia policial, relaciones sexuales que se realizaron con el consentimiento de la menor agraviada, no efectuando ningún ofrecimiento material o económico para ello. Estos hechos ocurrieron en el interior de la habitación del encausado y en un hostel de la zona. También manifiesta que desconocía que este comportamiento constituyera delito, aclarando en ese sentido su manifestación policial. Agrega que la menor agraviada no le decía su edad exacta, sólo que tenía de quince a dieciséis años de edad la cual aparentaba ya que era alta casi de su porte y un poco ancha, pero que en esos días de la denuncia se enteró por los padres de la agraviada, que ésta tenía trece años de edad. Finalmente indica que desea casarse con la menor cuando termine sus estudios pues está cursando el cuatro año de educación secundaria, y de ello ya habló con sus padres y han aceptado.

SEGUNDO: Ratificación Pericial realizada por el médico Legista Max Ylich León Pinto: Que, obra a folios ciento once donde se ratifica del Certificado Médico Legal de folios diecinueve, indicando que se hizo un examen general de todo el cuerpo para determinar lesiones extra genitales y para genitales así como el examen de integridad sexual

V.- DE LA ACUSACIÓN FISCAL SUPERIOR.-

El Fiscal Superior a fojas ciento ochenta y ocho a ciento noventa formula acusación contra Sebastián Pisfil Gonzáles, por delito contra la Libertad Sexual – Violación Sexual de Menor de catorce años en agravio de la menor con las iniciales B.M.L.J., delito previsto y sancionado en el inciso tercero del artículo ciento setenta y tres del Código Penal por lo que solicitó se le imponga veinte años de pena privativa de libertad, asimismo solicita que se le imponga como reparación civil la suma de tres mil nuevos soles a favor de la menor agraviada.

VI.- DEL JUICIO ORAL.-

El juicio oral realizado en audiencia privada, cuyas actas corren de fojas doscientos veintiocho a doscientos treinta y siete; doscientos cincuenta y siete a doscientos setenta; doscientos setenta y dos a doscientos setenta y tres; se realiza con la concurrencia del acusado quien manifiesta no aceptar completamente los cargos de la acusación, pero sí reconoce haber mantenido relaciones sexuales con la menor ya que mantenían una relación sentimental, en ningún momento la ha forzado además

ella le dijo que tenía más de quince años y que así aparentaba físicamente. En el dos mil cuatro era de tez blanca, de estatura alta, no aparentaba tener trece años de edad, además, le indicó que cursaba el tercero de secundaria. Reitera que actualmente continúa la relación sentimental con la menor agraviada con conocimiento y consentimiento de los padres de ella.

PRIMERO: Examen de la menor agraviada con las iniciales B.M.L.G: Quien, conforme aparece de la Partida de Nacimiento de fojas doscientos cincuenta y seis, contaba con trece años y tres meses de edad al momento de ocurrido los hechos. Indica la menor que conoció al acusado porque éste frecuentaba la casa de sus padres y que después lo volvió a ver en el taller donde él trabaja, lugar que reconoce haber frecuentado en busca del acusado, pero sin conocimiento de los padres de ella. Afirma que mantiene la relación sentimental con el acusado, corroborando el dicho de éste, en el sentido que esta relación es con el consentimiento de sus padres. No recuerda cuándo se realizó la primera relación sexual ni cómo llegaron a la habitación del acusado pero admite haber concurrido a ese lugar por propia voluntad, quedándose a pernoctar sin consentimiento de su madre, a quien le mentía diciéndole que se había quedado en casa de una amiga. También mentía al acusado al decirle que contaba con quince años de edad. Respecto a sus planes personales, piensa postular a la Policía Nacional ya que cumple con los requisitos que se exige y en cuanto a su relación sentimental con el acusado, refiere que piensa seguir adelante, todo lo cual indica que no ha sufrido menoscabo en su salud física ni mental, continuando con su plan de vida, así, no ha interrumpido sus estudios secundarios y tiene planes profesionales para su futuro inmediato.

SEGUNDO: Examen de la Testigo Nélide Esther Jáuregui Aranda: Quien es madre de la menor agraviada, la misma que manifiesta haber tomado conocimiento de la relación entre el acusado y su menor hija, por intermedio de otra persona, por lo que optó por conversar con ella, afirmando que ya sabía de la relación supuestamente por información del mismo acusado, por lo que tras contarle lo sucedido, ésta salió a denunciarlo. Después, ante los sentimientos de su hija y los consejos de una psicóloga, debido a que su hija bajó su rendimiento escolar y por el temor a que se vaya a escapar, es que decide consentir la relación entre ambos, agregando que el acusado es una persona trabajadora. Precisa, que su menor hija le contó que al acusado le dijo que tenía quince años de edad, pero que al prestar la manifestación policial dijo que indicó al acusado tener trece años de edad, debido a que la declarante se encontraba cerca a ella en ese momento.

VII: SOBRE EL CONTRADICTORIO EN EL JUICIO ORAL.-

Agotada la etapa del examen de los sujetos procesales, el Señor Fiscal Superior al momento de exponer los hechos probados en el juicio y su calificación legal, refirió que si bien los hechos expuestos en el Juicio Oral tales como el consentimiento de la menor agraviada como el haber engañado al acusado respecto a su edad, pueden atenuar la responsabilidad del acusado o en su caso se pueda aplicar el error de tipo, consideró que la responsabilidad del acusado se halla debidamente acreditada en tanto ha aceptado el haber mantenido relaciones sexuales con la menor con su consentimiento y bajo las circunstancias que él ha mencionado y que han sido ratificadas por la menor agraviada y su madre, teniendo en consideración que la primera vez que mantuvieron relaciones sexuales fue en el mes de febrero del dos mil cuatro, esto es, antes que la menor cumpliera catorce años de edad siendo descubierta por la madre quien denuncia los hechos, considerando que la Ley protege la indemnidad sexual de los menores de catorce años.

VIII.- DE LA VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS.

Que, al haber efectuado una debida compulsa de los medios de prueba actuados a lo largo del Juicio Oral, se colige:

a) Respecto de la responsabilidad del acusado, tenemos que durante la audiencia pública, al igual que en la instrucción judicial, afirma haberse encontrado en error respecto a la edad de la menor agraviada (*uno de los elementos del tipo penal por el cual se le acusa*), asimismo, este Colegiado ha interrogado a la menor agraviada quien reconoce haber mantenido en error al acusado respecto de su

verdadera edad, versión que es corroborada por la declaración de su señora madre. Asimismo este Colegiado haciendo uso de la inmediatez, ha podido observar directamente a la agraviada y constatar quien, en efecto, se trata de una persona físicamente desarrollada que aparenta una edad superior a la cronológica, que aparece de su su partida de nacimiento, obrante a fojas doscientos cincuenta y seis.

b) Que, de los hechos analizados se desprende, que el acusado y la menor agraviada mantenían una relación sentimental desde fecha anterior a sus relaciones sexuales, los que se realizaron tanto en el cuarto del acusado como en un Hostal de la zona, habiendo accedido la menor al trato sexual y concurrido voluntariamente, hechos llegaron a ser de conocimiento de su señora madre por haber sido relatados por la menor, como lo ha manifestado en este Juicio Oral.

c) Que, asimismo de autos, se desprende que el acusado Pisfil Gonzales, en la época de los hechos **contaba con veintidos años de edad**, en su declaración uniforme, y reiterada, establece que la menor, lo ha mantenido en error, al manifestarle que al momento de su relación sexual, contaba con quince años de edad, lo que lo admitió considerando su aspecto físico y su estatura; es decir, estaba persuadido, que la menor, tenía los quince años cuando tuvo relaciones sexuales, que habiéndolo inducido la menor a error al hacerle creer en la veracidad de su edad, por lo que se colige, que en todo momento el acusado mantuvo certeza de la edad indicada por la menor agraviada.

d) De lo que podemos establecer, que en el caso de autos se ha producido la figura del *error de tipo*, el mismo que confiere efectos excluyentes de responsabilidad criminal absoluta (*invencible*) y aun cuando el procesado hubiese observado el cuidado debido, no hubiese podido tener una representación correcta de la situación en la que estaba participando.

e) Que, debemos que advertir que la presencia del *error de tipo* elimina en todos los casos la posibilidad de afirmar la concurrencia del dolo respecto del tipo penal objetivo en cuyos elementos recae, y aun el supuesto caso de que se tratara de un error vencible, la corte Suprema ha establecido: "(...) en este caso, tanto si el error es invencible o vencible no podrá castigarse al sujeto activo por el artículo ciento setenta y tres del Código Penal, esto al no admitirse expresamente por Ley de tentativa de violación culposa" (sic) – (Ejecutoria Suprema correspondiente al expediente número cuatrocientos setenta y dos guión dos mil tres de fecha veintiocho de mayo del año dos mil cuatro)–(Jurisprudencia y Precedente Penal Vinculante - Selección de Ejecutorias de la Corte Suprema – Cesar San Martín Castro, páginas doscientos setenta y siguientes). Siendo ello así, debemos concluir que nos encontramos frente al supuesto contenido en la primera parte del artículo catorce del Código Penal, esto es, ante la presencia de un error de tipo, excluye de responsabilidad al acusado, la que debe ser declarada.

IX.- DECISIÓN FINAL:

Fundamentos por los cuales, impartiendo Justicia a nombre de la Nación y con el criterio de conciencia que la ley faculta de conformidad con el artículo doscientos ochenta y cuatro del Código de Procedimientos Penales, la Primera Sala Especializada Penal de Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte: **RESUELVE: ABSOLVER a SEBASTIÁN PISFIL GONZALES** de la Acusación Fiscal por el delito contra la Libertad Sexual – Violación de menor de catorce años en agravio de la menor con las iniciales B.M.L.J. **MANDARON:** Que, consentida o ejecutoriada que sea la presente sentencia, se anulen los antecedentes judiciales y policiales que se hubieran generado por el presente proceso; archivándose los de la materia con aviso del Juez correspondiente.

S.S. Lecaros Chávez, Duran Huaranga, Bustamante Barrios.

§06. CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA

Órgano: Segunda Sala Penal
Jurisdicción: Penal
Nº de Expediente: 2156-2006
Origen: Arequipa
Procedimiento: Sumario
Tipo de Resolución: Sentencia
Delito: Violación de la libertad sexual
Inculpado: Alan Richard Tome Guillén (21 años)
Agravada: E.S.Z.Y. (14 años)
Fecha: 28 de mayo de 2007
Recurso de Nulidad: 2720-07 Sala Penal Permanente desde 11/07/07

Resumen: Excepción de naturaleza de acción, enamorados, consentimiento, inconstitucionalidad.

Sumilla: 8.2.2.5 Un adolescente mayor de catorce años debido a su desarrollo bio-psico-social, cuenta con los elementos indispensables para la disposición de su sexualidad (...).
8.2.3.2. El Código Penal (...) proscribe hoy las relaciones sexuales de los menores de edad (incluyendo a los adolescentes de catorce años en adelante) (...) pero, el Código Civil permite el matrimonio de los adolescentes de dieciséis años (...) la coexistencia de aquel ámbito de permisión colisiona con la prohibición penal y genera (...) una excepción de punición.
8.2.3.5 (...) resulta paradójico que el sujeto activo que engañe a un menor que tenga de catorce a dieciocho años de edad para sostener relaciones sexuales deba ser sancionado con pena de tres a cinco años (...), en tanto que el sujeto activo que sostenga relaciones sexuales consentidas con un menor que se halle en idénticos parámetros de edad, deba padecer privación de libertad de veinticinco a treinta años.
8.2.3.9 Si los supuestos de la ley penal en el inciso tres del artículo ciento setenta y tres del Código Penal, siendo expresos, son equívocos (por ser contradictorios con el resto del propio sistema jurídico), entonces no se puede considerar configurado el principio constitucionalizado de legalidad en dicha norma legal penal.
8.2.4.4 Constatada (...) la afectación de los principios constitucionales (...), corresponde (...) declarar su inaplicación cuando menos para este concreto caso (...).
9.1 Como efecto de la declaración de inaplicabilidad por colisión constitucional del tipo penal en que se sostiene la acusación, la conducta del acusado deviene en atípica (...).
Fallamos: a) **Declarando Inaplicable** por colisión con los artículos dos inciso uno, dos inciso veinticuatro apartado a) y dos inciso veinticuatro apartado d) de la Constitución Política del Estado, el artículo ciento setenta y tres inciso tres del Código Penal, modificado por la Ley veintiocho mil setecientos cuatro.

Corte Superior de Justicia de Arequipa
Segunda Sala Penal
Expediente Nº 2156-2006

Sentencia
Arequipa, dos mil siete Mayo, veintiocho.

VISTOS:
A) Identificación del proceso:

El proceso se sigue en contra (...) Alan Richard Tome Guillén por delito de violación de la libertad sexual (...) artículo ciento setenta y tres inciso tres del Código Penal, en agravio de la menor E.S.Z.Y.

B) Identificación de la persona procesada.

(...) se juzga a: Don Alan Richard Tome Guillen, (...) de **veintiuno años de edad**, de estado civil conviviente, tiene una hija de diez meses, grado de instrucción cuarto año de secundaria cursado en el Cuzco (...).

C) Delimitación de la imputación

El Ministerio Público atribuye al procesado, como aparece de la denuncia fiscal (...) y de la acusación escrita (...):

Que el día uno de julio de dos mil seis, a horas trece, aproximadamente, en circunstancias en que el procesado Alan Tome, mediante engaños condujo a la menor agraviada a unas chacras ubicadas en el distrito de Alto Selva Alegre, lugar donde abusó sexualmente de la menor, siendo que había sostenido relaciones con la agraviada anteriormente -el día dieciocho de junio de dos mil seis en un hotel, hechos que se realizaron en contra de la voluntad de la agraviada, por lo que la agraviada hizo saber de ello a sus padres, por lo que acudieron a la comisaría.

D) Petición de sanción y delimitación de la pretensión reparatoria

El Ministerio Público ha solicitado en la acusación escrita (...), resumida en el juicio oral, treinta años de pena privativa de la libertad como sanción para el procesado, y se fije en seis mil nuevos el monto por concepto de reparación civil, a favor de la agraviada E.S.Z.Y.

E) Argumentos de defensa

e. 1) El procesado (...), ha negado los cargos de violación sexual violenta, sosteniendo que en ningún momento utilizó violencia, amenaza o engaño en perjuicio de la menor (...).

e.2) Ha referido que la relación que tenía con la agraviada era de enamorados y que ella le dijo que tenía dieciséis años de edad por lo que no sabía que tenía catorce años de edad.

e.3) Ha reconocido que mantuvo relaciones sexuales con la indicada menor en dos oportunidades, la primera el dieciocho de junio del año dos mil seis en el hotel "Géminis", habiendo ella contribuido al pago del alquiler de la habitación y, la segunda vez, el uno de julio del año dos mil seis, en unas chacras ubicadas por las inmediaciones de la variante de Uchumayo, a donde concurren de modo voluntario.

e.4) Ha sostenido que la denuncia en su contra se debe a que la familia de la menor se ha enterado que el acusado tiene otra pareja que ha tenido un hijo.

F) Desarrollo procesal

f4) Vencido el término instruccional y emitidos los informes finales correspondientes de la primera instancia (...), la causa fue puesta de manifiesto (...), siendo elevados los actuados a esta superior sala (...), el señor fiscal superior de la Segunda Fiscalía Superior Penal emitió acusación escrita (...), dilatándose el auto de enjuiciamiento (...).

f5) Desarrollándose el juicio oral (...), se actuaron los medios probatorios obrantes, oyéndose la requisitoria oral del Ministerio Público, así como la defensa y la autodefensa del acusado, quedando los autos expeditos para emitir sentencia y

CONSIDERANDO

PRIMERO: Leyes sustantivas aplicables

1.1 De acuerdo a los extremos delimitados por la denuncia y acusación fiscal se imputa la comisión del delito de violación de la libertad sexual en agravio de mujer menor (entre catorce a dieciocho años de edad).

1.2 Actualmente, se encuentran vigentes las normas que modificó la Ley veintiocho mil setecientos cuatro publicada el cinco de abril de dos mil seis, en estricto, el artículo ciento setenta y tres inciso tres del Código Penal, cuyo texto es el siguiente: "El que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos analógicos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de edad, será reprimido con las siguientes penas privativas de la libertad:

Inciso tres: Si la víctima tiene entre catorce años de edad y menos de dieciocho, la pena será no menor de veinticinco ni mayor de treinta años.

En principio, la norma citada es la que correspondería ser aplicada por el operador jurídico al momento de decir derecho.

(...)

TERCERO: Análisis del tratamiento normativo respecto a la libertad sexual de los adolescentes en la legislación penal comparada de la vertiente iberoamericana

De manera meramente referencial es pertinente recoger las experiencias normativas que sobre el particular se dan en algunos de los sistemas penales iberoamericanos, para constatar cómo es que han asumido el problema de la protección de la sexualidad de los adolescentes:

3.1 La construcción normativa del Derecho Penal español, señala en el artículo ciento ochenta y uno, que:

1. El que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona, será castigado, como responsable de abuso sexual, con la pena de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho o veinticuatro meses.

3.3 El Código Penal de Bolivia, señala por su parte en el artículo trescientos ocho que:

El que tuviere acceso carnal con persona de uno u otro sexo, incurrirá en privación de libertad de cuatro a diez años, en los casos siguientes:

1) Si se hubiere empleado violencia física o intimidación.

2) Si la persona ofendida fuere una enajenada mental o estuviere incapacitada, por cualquier otra causa, para resistir.

Si la violación fuere a persona menor que no ha llegado a la edad de la pubertad, el hecho se sancionará con la pena de diez a veinte años de presidio; y si como consecuencia del hecho se produjere la muerte de la víctima, se aplicará la pena correspondiente al asesinato.

El artículo trescientos nueve se refiere que:

El que mediante seducción o engaño tuviere acceso carnal con mujer honesta que hubiere llegado a la pubertad y fuere menor de diez y siete años, incurrirá en la pena de privación de libertad de dos a seis años.

El Código Penal boliviano se remite al concepto de "pubertad" que es más lato que establecer un cuantificado etéreo.

3.4 En la legislación penal chilena se establece en el artículo trescientos sesenta y tres:

Será castigado con reclusión menor en sus grados medio a máximo, al que accediere carnalmente, por vía vaginal, anal o bucal, a una persona menor de edad pero mayor de doce años, concurriendo cualquiera de las circunstancias siguientes:

- 1° Cuando se abusa de una anomalía o perturbación mental, aun transitoria, de la víctima que por su menor entidad no sea constitutiva de enajenación o trastorno,
- 2° Cuando se abusa de una relación de dependencia de la víctima, como en los casos en que el agresor está encargado de su custodia, educación o cuidado o tiene con ella una relación laboral.
- 3° Cuando se abusa del grave desamparo en que se encuentra la víctima.
- 4° Cuando se engaña a la víctima abusando de su inexperiencia o ignorancia sexual.

Mientras que el artículo trescientos sesenta y seis, refiriéndose al abuso sexual indica que:

2. A los efectos del apartado anterior, se consideran abusos sexuales no consentidos los que se ejecutan sobre menores de trece años, sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusara.
3. La misma pena se impondrá cuando el consentimiento se obtenga prevaleciendo al responsable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima.
4. Las penas señaladas en este artículo se impondrán en su mitad superior si concurriere la circunstancia tres o la cuatro, de las previstas en el apartado uno del artículo ciento ochenta de este Código.

En tanto que en el artículo ciento ochenta y dos Código Penal se indica que:

1. En todos los casos del artículo anterior, cuando el abuso sexual consiste en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado con la pena de prisión de cuatro a diez años.
2. La pena señalada en el apartado anterior se impondrá en su mitad superior cuando concurra la circunstancia tercera o la cuarta, de las previstas en el artículo ciento ochenta inciso uno de este Código.

La norma española ha considerado que a partir de los trece años de edad una persona es capaz de disponer libremente de su sexualidad, otorgándole mayor amplitud del supuesto instituido por la Ley veintiocho mil doscientos cincuenta y uno, vigente hasta la promulgación de la Ley veintiocho mil setecientos cuatro.

3.2 En el Código Penal argentino, la norma del artículo ciento diecinueve señala: Será reprimido con reclusión o prisión de seis a quince años, el que tuviere acceso carnal con persona de uno u otro sexo en los casos siguientes:

- 1) Cuando la víctima fuere menor de doce años,
- 2) Cuando la persona ofendida se hallare privada de razón o de sentido, o cuando por enfermedad o cualquier otra causa, no pudiese resistir,
- 3) Cuando se usare la fuerza o intimidación.

Mientras que el artículo ciento veinte señala que:

Se impondrá reclusión o prisión de tres a seis años, cuando la víctima fuere mujer honesta mayor de doce años y menor de quince y no encontrare en las circunstancias de los números dos y tres del artículo anterior.

En la legislación argentina se considera que una persona mayor de doce años de edad es capaz de discernir sobre su sexualidad.

El que abusivamente realizare una acción sexual distinta del acceso carnal con una persona mayor de doce años, será castigado:

1° Con reclusión menor en cualquiera de sus grados cuando el abuso consistiere en la concurrencia de alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo trescientos sesenta y uno.

2° Con reclusión menor en sus grados mínimo a medio, cuando el abuso consistiere en la concurrencia de alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo trescientos sesenta y tres, siempre que la víctima fuere menor de edad.

La edad de libre disposición de la sexualidad en consecuencias es de los doce años en Chile.

3.5 En Colombia la legislación penal refiere:

Artículo doscientos ocho: El que acceda carnalmente a persona menor de catorce (14) años, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años.

El Derecho colombiano, como se regulaba anteriormente en la norma penal peruana, establece la protección penal hasta los catorce años de edad y a partir de ella, la persona puede disponer libremente de su sexualidad.

CUARTO: Bienes jurídicos involucrados³⁰⁴

En principio el Estado (...) debe proteger bienes de orden jurídico relevantes para la sociedad a la que se dirige, no desprendiéndose de la realidad cotidiana del país, ni proteger situaciones que no deben ser protegidas bajo sanción penal.

En los hechos bajo análisis, se busca proteger la libertad sexual más concretamente la indemnidad sexual de los menores, pero como se indicó no debe extenderse innecesariamente la protección jurídico penal.

La indemnidad sexual o intangibilidad sexual, está orientada a salvaguardar el libre desenvolvimiento del derecho del menor a la libertad sexual hacia el futuro, cuando goce de las condiciones necesarias, las mismas que no se dan coetáneamente cuando se es menor de edad, de lo contrario constituiría una vulneración a la libertad sexual del adolescente, pues cuenta con las condiciones mínimas (físicas y psíquicas) para ejercerla, siendo de este modo importante el consentimiento válido (discernimiento, comprensión del acto, grado de experiencia, cultura, relaciones sociales que le rodea).

Si ha de existir un límite, como se ha generado (por decisión legislativa, coherente con los estándares internacionales sobre la materia) para el término de la indemnidad sexual, se debe tener en cuenta también los estándares internacionales, que han establecido también los parámetros para el inicio del ejercicio de las libertades y potestades de orden sexual en los catorce años de edad en promedio.

QUINTO: Determinación de la parte agraviada en este proceso

³⁰⁴ (1) Entendiendo los bienes jurídicos como "relaciones sociales concretas de carácter sintético, protegidas por la norma penal, que nacen de la propia relación social democrática como una superación del proceso dialéctico que tiene lugar en su seno". MALLARE HORMAZÁBAL, Hernán. Bien jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho'. Colección Sello de Oro de Las Ciencias Penales, Idemsa, Lima, 2005, p. 100

(...) la presente acción ha sido promovida en agravio de la menor de iniciales E.S.Z.Y, (...) que nació el trece de diciembre de mil novecientos noventa y uno, habiendo contado en la fecha de los hechos (del primer acto sexual) con catorce años cinco meses aproximadamente.

SEXTO: Determinación del consentimiento en las relaciones sexuales

6.1 Ha quedado confirmado por las partes durante el desarrollo del proceso que el acusado y la agraviada sostuvieron relaciones sexuales el dieciséis de junio (en un hotel denominado "Géminis" (...)) y el uno de julio del año dos mil seis (en una chacra por las inmediaciones de las variantes de Uchumayo del distrito de Sachaca), lo que no ha sido negado, sino reconocido por el procesado tanto al nivel instruccional (...) como durante el desarrollo del juicio oral.

6.2 Teniendo en cuenta que la doctrina más común señala que tratándose de relaciones sexuales con menores el consentimiento es irrelevante, el colegiado estima que no carece de trascendencia de establecer si medió violencia o hubo acuerdo entre las partes para realizarlas³⁰⁵, esto es si la víctima mayor de catorce años, respecto a quien el acusado afirma le dijo contar con dieciséis años, consintió sostener aquellas relaciones sexuales.

6.3 Durante la declaración ante la autoridad policial la agraviada señaló que, estas relaciones sexuales yo no las quise tener, me negué pero él insistía e incluso le dije que podía quedar embarazada pero él me dijo que no iba a pasar nada y tuvimos relaciones sexuales, en ningún momento hubo violencia" (sic.).

6.4 En su preventiva (...) detalló la manera en que se realizaron los hechos, indicando que fue con el procesado al hotel ingresando junto con él, que en aquel lugar el procesado la empezó a besar y a quitar el polo, que ella no quería, pero que él nuevamente la besó y se dejó llevar, sosteniendo relaciones; respecto al hecho ocurrido en las chacras por inmediaciones del distrito de Sachaca, indicó que se encontraban caminando y que luego fue conducida a una casa antigua donde el procesado "... la besó y le bajó el pantalón pese a que la declarante no quería, que el procesado le iba a introducir el pene pero como le hizo doler la declarante lo empujó se subió el pantalón.. "(sic.).

6.5 Del contenido de los certificados médicos legales (...), no se advierte que haya existido violencia física contra la agraviada.

6.6 El informe de evaluación psiquiátrica (...), concluyó indicando que la agraviada presentaba reacción de adaptación con síntomas depresivos, disfunción familiar y constante violencia familiar, la menor no refiere haber sido sexualmente forzada.

6.7 Según la historia clínica de la adolescente agraviada (...) dijo tener problemas en su casa y que conversó con su papá, al que le llamó la atención por su comportamiento y que "(ella) quería morirse".

6.8 En la declaración testimonial de la señora madre de la menor, doña Damiana Yupanqui Ccarita en los debates orales, sostuvo que la menor le explicó que la primera relación sexual que se produjo una vez que ingresaron al hotel y a la habitación, que fue bajo amenaza, quedando en el ámbito de la ignorancia la razón por la que la menor ingresó hasta la habitación y lo propio, en el caso de haber sido forzada sexualmente, el motivo por el cual ella concertó con el acusado el encontrarse unos días después para ir a un lugar alejado, en unas chacras, cuando lo aconsejable y prudente era denunciar el hecho y, en todo caso, ponerse a salvo de quien dice la agredió sexualmente.

6.9 No se ha constatado presencia de violencia física o amenaza para que las relaciones sexuales se produjeran, es más, a partir de la versión sobre la primera, el acusado la convenció de que no

³⁰⁵ (2) No debe el Derecho Penal reaccionar de modo similar cuando se produce un acto de imposición basado en la fuerza, que cuando hay acuerdo o aquiescencia del agraviado.

quedaría embarazada y por ello la agraviada lo aceptó, en tanto que, a partir de la versión de la víctima sobre la segunda, en que ocurrió a una casa abandonada en un predio rústico, el dolor vaginal que le causó el intento de penetración generó el rechazo de la agraviada, por lo que se puede concluir que medió en ambas la aquiescencia de ella, sin violencia física o amenaza.

6.10 Ese conjunto de datos, sumados al sentido de los certificados médicos y la evaluación psiquiátrica, indican que la adolescente estuvo de acuerdo en iniciar su vida sexual con el acusado.

6.11 Corresponde determinar jurídicamente, teniendo en cuenta la supremacía constitucional (...), si aquella aquiescencia prestada por mujer mayor de catorce años de edad se encuentra dentro del marco de la libertad de las y los adolescentes para disponer de su sexualidad y si por tanto aquella libertad tiene o no sustento constitucional³⁰⁶

6.12 Es pertinente dejar sentado que la evaluación jurídica subsiguiente no está dirigida a cuestionar de modo alguno la escala moral de la adolescente o juzgar su conducta (mucho menos juzgarla negativamente), sino, únicamente a determinar si obró o no en ejercicio regular de una potestad que le reconocen las normas legales y/o los pactos y decisiones internacionales sobre la materia.

6.13 A partir de aquellas determinaciones corresponderá a su vez definir si el acusado perpetró el delito (por ser la edad de la víctima elemento constitutivo del tipo objetivo en el artículo ciento setenta y tres inciso tres del Código Penal) o si la conducta carece de connotación criminal, aunque pudiera o no tenerla en otras esferas del derecho peruano.
(...)

OCTAVO: Respecto de la constitucionalidad del subtipo penal del artículo ciento setenta y tres inciso tres del código penal (norma sustantiva)

8.1 Sustento normativo básico

8.1.1 Es principio y derecho de la función jurisdiccional, la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional, conforme lo señala el artículo ciento treinta y nueve, inciso tercero de la Constitución Política del Estado; así como el artículo ocho de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobada y ratificada por el Estado peruano.

8.1.2 El artículo de la constitución Política del Estado, señala que toda persona tiene derechos fundamentales:

1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece.

8.1.3 El artículo veintisiete de la Convención sobre Derechos del Niño, establece que:

1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.

2. A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño.

8.1.4. El artículo dieciséis de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, establece que:

³⁰⁶ (3) No existen elementos en el proceso que permitan concluir que la agraviada se halla en incapacidad para expresar consentimiento, por motivos biológicos, emocionales, psicológico o culturales

1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil tiene derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutan de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.

2. Solo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio.

3. La familia es el elemento natural y fundamental de la Sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado,

8.1.6 El artículo veintitrés del Pacto Internacional de derechos Civiles y políticos establece que:

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello.

3. El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

4. Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos.

8.1.7 El artículo dos inciso dos de la Constitución Política del Perú, establece que toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley.

8.1.8 El artículo dos inciso veinticuatro párrafo d) de la Constitución Política del Perú señala que nadie será procesado ni condenado por un acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley.

8.1.9 El segundo párrafo del artículo ciento treinta y ocho de la Constitución Política del Estado, establece que en todo proceso de existir incompatibilidad entre una norma Constitucional y una norma legal los jueces prefieren la primera. Igualmente prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior.

8.1.10 Los artículos dos inciso dos, inciso veinticuatro acápite) y ciento treinta y nueve incisos dos, tres y diez de la Constitución Política del Estado, que contempla los principios constitucionales tales como igualdad ante la ley, principio de necesidad de la pena, principio de lesividad e independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional.

8.1.11 El artículo catorce de la ley Orgánica del Poder Judicial, establece que de conformidad con el artículo doscientos treinta y seis de la Constitución, cuando los Magistrados al momento de fallar al fondo de la cuestión de su competencia, en cualquier clase de proceso o especialidad, encuentren que hay incompatibilidad en su interpretación, de una disposición constitucional y una con rango de ley, resuelven la causa con arreglo a la primera; asimismo, establece que las sentencias así expedidas son elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema.

8.1.12 La ejecutoria del Tribunal Constitucional recaída en el expediente número 1 879-2005-PA/TC, señala que para declarar la inaplicabilidad de una ley el órgano judicial debe actuar, a) En el seno de un caso judicial, b) que la ley sobre la que se duda de su validez sea relevante para resolver la controversia sometida al juez, c) acredite que su aplicación le haya causado o pueda causarle una

agravio directo, y d) que no puede realizarse respecto de leyes o normas con rango de ley cuya validez haya sido confirmada por el Tribunal en el seno de un control abstracto de constitucionalidad.

8.2 Análisis respecto a las variables componentes de la inconstitucionalidad del artículo ciento setenta y tres inciso tres del código penal peruano (las razones jurídicas de la inconstitucionalidad)

Son tres los aspectos (las variables) de interés constitucional abordados: El derecho al libre desarrollo, el derecho a la libertad, y al derecho a ser procesado penalmente por ley expresa e inequívoca (principio de legalidad penal).

8.2 Respecto al derecho al libre desarrollo (artículo dos inciso uno de la constitución política del Perú)

8.2.1.1 El derecho al libre desarrollo de la personalidad se encuentra establecido en la Carta Magna del Estado, como el derecho de toda persona a conseguir mediante acciones personales que se encuentren dentro de la ley el desarrollo íntegro de su personalidad.

8.2.1.2 El tribunal Constitucional peruano ha sentado en el EXPEDIENTE NUMERO 2868-2004-AA/TC que, "el derecho al libre desarrollo garantiza una libertad general de actuación del ser humano en relación con cada esfera de desarrollo de la personalidad". Es decir, da parcelas de libertad natural en determinados ámbitos de la vida, cuyo ejercicio y reconocimiento se vinculan con el concepto constitucional de persona como ser espiritual, dotada de autonomía y dignidad, y en su condición de miembro de una comunidad de seres libres.

Evidentemente no se trata de amparar constitucionalmente cualquier clase de facultades o potestades que el ordenamiento pudiere haber reconocido o establecido a favor del ser humano. Por el contrario, estas se reducen a todas aquellas que sean consustanciales a la estructuración y realización de la vida privada y social de una persona, y que no hayan recibido un reconocimiento especial mediante concretas disposiciones de derechos fundamentales.

Tales espacios de libertad para la estructuración de la vida personal y social constituyen ámbitos de libertad sustraídos a cualquier intervención estatal, que no sean razonables ni proporcionales, para la salvaguarda y efectividad del sistema de valores que la misma Constitución consagra.

Prosigue señalando que: Es bien cierto que, como sucede con cualquier otro derecho fundamental, el del libre desarrollo de la personalidad tampoco es un derecho absoluto. En la medida en que su reconocimiento se sitúa al interior de un orden constitucional, las potestades o facultades que en su seno se pudieran cobijar, pueden ser objeto de la imposición de ciertos límites o restricciones a su ejercicio.

En algunos casos, y por lo que hace a determinados derechos fundamentales, la Constitución sujeta la actividad limitadora de los derechos fundamentales a la necesidad de que se observe el principio de reserva de ley. Así sucede, por ejemplo, de los derechos a la inviolabilidad del domicilio, a contratar con fines ilícitos a trabajar libremente, etcétera.

8.2.1.3 Es por ello el Derecho Constitucional al libre desarrollo uno de los pilares del Estado Democrático de Derecho, que implica diversos aspectos de la personalidad: de orden religioso, psicológico, formativo, y por su puesto de carácter sexual.

El libre desarrollo se enmarca dentro de las condiciones necesarias que deben ser respetadas por el Estado para la satisfacción del proyecto de vida de cada persona. En este sentido, cualquier norma legal que intente regular el orden social debe respetar en estricto sentido los mandatos de orden constitucional.

8.2.1.4 La reserva de ley para la restricción o limitación de un derecho fundamental debe basarse en criterios razonables, por lo que no es posible mediante una norma penal o de otro tipo restringir el derecho del adolescente a desarrollar su personalidad en todos los ámbitos. No basta una ley para la restricción de los derechos fundamentales, sino que esta cumpla con ser adecuada con las expectativas de progreso de la sociedad.

8.2.1.5 En este sentido, El Tribunal Constitucional ha señalado que, el respeto al contenido esencial de los derechos constituye un límite implícito (del Poder Legislativo) derivado de la naturaleza constituida de la función legislativa, que, desde luego, en modo alguno, puede equiparse en la que supuso el reconocimiento del derecho, esto es, a la del Poder Constituyente". Y es que una cosa es limitar o restringir el ejercicio de un derecho constitucional, y otra, muy distinta, suprimirlo. La limitación de un derecho no comparte su supresión, sino solo el establecimiento de las condiciones dentro de las cuales deberá realizarse su ejercicio. De ahí que el Tribunal Constitucional haya sido enfático en señalar que "... no se puede despojar de contenido a un derecho so pretexto de limitarlo o, acaso, suprimirlo, pues la validez de tales limitaciones depende de que ellas respeten el contenido esencial de los derechos sobre los cuales se practica la restricción"³⁰⁷.

8.2.1.5 Por ello no es suficiente que el Legislador, ya sea en materia penal o de otra índole, cumpla con los requisitos legales formales de la ley para la restricción de derechos, sino como señala el Tribunal Constitucional el legislador se encuentra "obligado a respetar su contenido esencial, no basta que se satisfagan las garantías normativas a las que antes se ha aludido para que se considere, sin más, que una limitación determinada no constituye afectación de un derecho o, acaso, que la aplicación de una norma legal limitadora, por el simple hecho de haberse establecido respetando tales garantías normativas, no puede suponer la violación de un derecho constitucional.

Tal afirmación también es de recibo en el tratamiento constitucional el cual está sujeto el derecho al libre desarrollo de la personalidad. En efecto, la sujeción al principio de legalidad de la actividad limitativa de este derecho no puede entenderse en el sentido de que basta que una ley o norma con rango de ley establezca un límite a cualquiera de las potestades por él protegidas para que estas se consideren válidas en sí mismas, pues este último juicio solo podrá considerarse constitucionalmente correcto si, a su vez, se respeta el contenido constitucionalmente declarado del derecho y se satisfacen los principios de razonabilidad y proporcionalidad³⁰⁸.

8.2.1.7 Concluyendo, toda norma que restringe derechos, como es el caso de la Ley veintiocho mil setecientos cuatro publicada el cinco de abril de dos mil seis, que modificó el artículo ciento setenta y tres del Código Penal, no puede aplicarse para los supuestos de hecho, en que existen potestades constitucionales a las libertades, porque sino se vulneraría preceptos constitucionales.

8.2.1.8 Los derechos reproductivos y los derechos sexuales de la humanidad constituyen una gama amplia de potestades derivadas precisamente de la condición humana, cuyos pormenores no son objeto de la presente resolución, bastando señalar (sin que implique necesariamente hallarse de acuerdo el colegiado con su contenido) que una de las clasificaciones los estima del modo siguiente.

Los derechos reproductivos comprenden, sin que la enumeración sea limitativa³⁰⁹:

Derecho de las personas para controlar y decidir sobre su propio cuerpo; derecho a recibir servicios de salud de calidad donde no exista discriminación en relación con la edad, sexo, orientación sexual, estado civil; derecho a recibir información sobre métodos de planificación familiar seguros, tener acceso a ellos y poder elegirlos libremente sin ningún tipo de coacción; derecho a recibir tratamiento

³⁰⁷ (4) Sentencia N° 2868-2004-AA/TC del Tribunal Constitucional.

³⁰⁸ (5) Sentencia N° 2868-2004-ANTC del Tribunal Constitucional.

³⁰⁹ (6) Según Jennie Dador Tozzini en www.unfpa.org.pe, consulta efectuada el 25 de mayo de 2007.

en caso de infertilidad y derecho a la atención durante el embarazo, el parto y después de un aborto, entre otros.

En cuanto a los derechos sexuales:

Derecho a disfrutar de la sexualidad sin necesidad de procrear; derecho a la libre elección de prácticas sexuales; derecho a formar o no una familia y a elegir libremente la estructura de esta; derecho a vivir una vida libre de violencia sexual; libertad para decidir tener relaciones sexuales o no, el momento y la pareja; derecho a que se respete en la intimidad; derecho a la libre expresión de su orientación sexual, así como la regulación de las distintas situaciones que se desprenden de su ejercicio cotidiano, y derecho a recibir información y/o educación sobre sexualidad, entre otros.

8.2.1.9 El libre desarrollo de la personalidad de la agraviada se halla resguardado por aquellos marcos normativos y jurisprudenciales.

8.2.2 Análisis sobre el derecho a la libertad (artículo dos inciso veinticuatro acápite a) de la constitución política del Perú):

8.2.2.1 La libertad es la facultad de hacer, o dejar de hacer aquello que el orden jurídico permita; es decir, es la prerrogativa que tiene la persona de realizar, sin obstáculos, sus actividades en el mundo de las relaciones. En mayor rigor, es el principio rector de la historia de la humanidad, que nos puede llevar a alcanzar el bien común y la justicia social. La libertad no constituye un derecho, sino un valor personal y social (al igual que la justicia, la honradez y la verdad) que está vinculado a la confianza y al orden público. Un sistema democrático, un legítimo Estado de derecho, está sustentado en la libertad y en la igualdad de los derechos de sus ciudadanos³¹⁰.

8.2.2.2 En consecuencia, es el derecho a la libertad y a obrar de la manera en que uno desee, dentro de los marcos establecidos por la sociedad, un derecho esencial de la persona, que debe ser respetado por el Estado.

8.2.2.3 Cada individuo tiene la capacidad de obrar del modo que uno crea conveniente, y poner disponer de algunos derechos que le han sido conferidos, así también tiene el derecho de disponer libremente de su sexualidad cuando se encuentre en la capacidad física y psicológica para hacerlo; en este sentido la ley debe ir de manera paralela con la realidad social y no establecer marcos normativos inadecuados con la misma.

8.2.2.4 Corresponde al Estado (a sus organismos pertinentes) y a la familia desplegar los esfuerzos y adoptar las medidas para la debida formación integral de los niños, y desde luego, en cuanto al ámbito sexual, informando y orientando oportuna y debidamente para preparar a tiempo a los que serán adolescentes para el desempeño racional de sus potestades sexuales³¹¹.

8.2.2.5 Un adolescente mayor de catorce años debido a su desarrollo bio-psico-social, cuenta con los elementos indispensables para la disposición de su sexualidad, debido a ello, ha de ser libre para decidir el momento y la persona con quien entablará relaciones de carácter sexual.

8.2.2.6 El derecho a la libertad tiene sustancia constitucional y *puede* ser usado de manera negativa

³¹⁰ (7) Cfr. VARSI ROSPIGLIOSI. 'Libertad Personal'. En: *La Constitución Comentada*, Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, 2006, pp. 226 y 227.

³¹¹ (8) El ponente estima que la medida de prohibir de manera cerrada las relaciones sexuales de los adolescentes, sancionar penalmente las mismas de modo absoluto, no solo no resuelve los problemas de ausencia de orientación, sino que genera otros problemas adicionales, y finalmente, encubre la carencia de atención de estas áreas.

o positiva en el tema bajo análisis, para negarse la interesada a la relación sexual o para consentir en la misma.

8.2.2.7 No debe por tanto vulnerarse su derecho en aquella edad del desarrollo a decidir libremente sobre temas que guardan relación estricta con un ámbito de su desarrollo en sociedad.

8.2.3 Análisis sobre el derecho a ser procesado por cargos que emanen de ley estricta e inequívoca -principio de legalidad penal- (al negar los derechos sexuales y reproductivos de los adolescentes) (artículo dos, inciso veinticuatro acápite d) de la constitución política del Perú).

8.2.3.1 El reconocimiento de la antijuridicidad en una conducta presupone, según ZAFFARONI³¹², considerar al orden jurídico como un todo unitario para cuya totalidad la conducta es ilícita, porque no se puede dar lugar al “escándalo jurídico” de afirmar y negar algo al mismo tiempo y por ello “una conducta ilícita en un ámbito del derecho, no puede ser ilícita en otro”, salvo que se trate de comportamientos diferentes.

Ello obliga a la razonable búsqueda de la coherencia normativa en el conjunto del acervo legislativo, dado que no resulta jurídicamente aceptable que unas normas permitan lo que otras prohíban, mucho menos, bajo aflicciones de privación de libertad.

8.2.3.2. El Código Penal peruano, desde el cinco de abril de dos mil seis (fecha de publicación de la Ley mil setecientos cuatro) que modificó el parámetro típico precedente (bajo el cual se reconocía el derecho a la libertad sexual de las personas de catorce años en adelante) proscribió hoy las relaciones sexuales de los menores de edad (incluyendo a los adolescentes de catorce años en adelante), bajo sanciones penales diversas, pero, el Código Civil permite el matrimonio de los adolescentes de dieciséis años en adelante bajo ciertas reglas, de modo tal que la coexistencia de aquel ámbito de permisión colisiona con la prohibición penal y genera, cuando menos a su vez, una excepción de punición (por cuanto de no entenderse así, el matrimonio de adolescentes de catorce años implicaría directamente una comisión delictiva con participación de los padres que autorizan el matrimonio y del Alcalde o el Funcionario Municipal celebrante del acto, o en su defecto implicaría la generación de un matrimonio exento de las potestades y deberes de lecho y habitación en tanto alcanza el menor la mayoría, hipótesis que no se ha previsto en la ley).

8.2.3.3. El artículo dieciséis de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (que el Perú suscribió y por tanto es observable y exigible), como se ha señalado anteriormente, concede a hombres y mujeres en edad núbil el derecho a casarse y fundar una familia.

POR EDAD NÚBIL se puede entender solamente la edad legal para el matrimonio (del connubio), pero, en sentido lato, desde una perspectiva biológica-fisiológica, lo es la edad de la pubertad, asociada, en el caso de la mujer a la menarquía que, como proceso complejo que se presenta aparejada a una carga importante de cambios hormonales que influyen en las esferas psíquica y social de su desempeño personal ante el surgimiento de nuevas características dirigidas a la reproducción aunque no se tenga la perspectiva de engendrar, por lo que resulta aconsejable que al legislar sobre derechos sexuales de las púberes se acuda a las investigaciones académicas sobre el particular³¹³.

8.2.3.4 Si el matrimonio es una célula fundamental de la familia y si el niño recién nacido tiene derecho a pertenecer a una familia, como consecuencias de las indicadas prerrogativas

³¹² (9) ZAFFARONI, ALAGIAy SLOKAR, Alejandro. ‘Manual de Derecho Penal’. Parte general. Ed. Ediar, Buenos Aires, 2005, pp. 459 y 460.

³¹³ (10) GIBERTI, Eva. Solamente reproducirse. La edad núbil’. Extraído de w.ñma.wcb.com.aninfancia_adolescenciagiberth.html; página consultada el 25 de mayo de 2007.

constitucionales, es válido concluir que cuando menos las personas de dieciséis años en adelante, pueden sostener relaciones sexuales y engendrar cuando estén casadas, sin que les afecte el alcance del artículo ciento setenta y tres del Código Penal ni a ellas ni a sus cónyuges aunque sean estos mayores de dieciocho años de edad.

8.2.3.5 A ello se suma que al no haber sido expresamente derogado el artículo ciento setenta y cinco del Código Penal³¹⁴, que sanciona bajo el epígrafe de seducción, las relaciones sexuales sostenidas bajo engaño en perjuicio de las personas de catorce a dieciocho años de edad, resulta paradójico que el sujeto activo que engañe a un menor que tenga de catorce a dieciocho años de edad para sostener relaciones sexuales deba ser sancionado con pena de tres a cinco años de privación de la libertad, en tanto que el sujeto activo que sostenga relaciones sexuales consentidas con un menor que se halle en idénticos parámetros de edad, deba padecer privación de libertad de veinticinco a treinta años.

8.2.3.6 No ha de perderse de vista que según el informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, evento realizado en El Cairo, en septiembre de mil novecientos noventa y cuatro (en el que el Perú estuvo representado), se resalta en el principio once el deber de los Estados y la comunidad de prevenir los abusos contra los menores, en especial los de carácter sexual, en tanto que el apartado seis punto diez se destaca el deber de los Estados de proteger a los niños y jóvenes contra todo tipo de explotación, y en el apartado seis punto quince se precisa que los jóvenes tienen derecho a la información sexual para evitar los embarazos precoces, lo que implica, según estimación del ponente de esta decisión judicial, que los Estados representados en aquel evento internacional consideraron, en beneficio de los adolescentes, un ámbito de libre determinación informada para el embarazo temprano (sea el originado por relaciones sexuales o —de modo más complejo— bajo técnicas de reproducción asistida), de diferente tratamiento al del abuso sexual de menores, generador o no de embarazo, todo aquello de conformidad con los compromisos contraídos en virtud de la Convención sobre los Derechos del Niño³¹⁵.

A partir del indicado informe sobre la conferencia internacional sobre la Población y el Desarrollo se puede colegir que, no están satisfechas las necesidades de los adolescentes en materia de enseñanza y de servicios dirigidos a que puedan asumir su sexualidad de modo positivo y responsable; y de servicios dirigidos a que puedan sexualidad de modo positivo y responsable; la salud reproductiva está en muchos casos en el mundo, fuera del alcance de muchas personas a causa del conocimiento insuficiente sobre la sexualidad humana y la información y los servicios insuficientes o de mala calidad en materia de salud reproductiva, hallándose los adolescentes dentro de los más vulnerables³¹⁶.

8.2.3.7 Queda por tanto, la interrogante si es legítimo, desde la expectativa jurídico constitucional, el método de negar la libertad sexual de los adolescentes de catorce años a más, para enfrentar el problema de la indicada vulnerabilidad (puesto que el artículo ciento setenta del Código Penal protege ya a todos respecto de la violación sexual bajo violencia o amenaza aunque nada impide que se califique especialmente la violencia o la amenaza como medios comisivos cuando se trata de víctimas de catorce a dieciocho años de edad por los efectos especialmente nocivos del abuso sexual en el proyecto de vida).

Ergo es válido concluir que el Estado peruano no tiene claro definido de modo incontrovertible si un sector de los adolescentes (entendiéndose por tales cuando menos a los que van de los catorce años en adelante) están o no necesaria y/o absolutamente excluidos de los denominados derechos sexuales y reproductivos que se hallan reconocidos y declarados como derechos de la humanidad.

³¹⁴ (11)

³¹⁵ (12) Cfr. http://www.unfpa.org/icpddooslicpd/conference-cport/finalecporLicpd_spa.pdf

³¹⁶ (13) Cfr. http://www.unfpa.org/icpddooscpd/conference.cportitinalecporLicpd_spa.pdf

Si el Estado (Parlamento y Poder Ejecutivo) no tiene al respecto una posición firme y unívoca, no es legítimo que se exija a la ciudadanía que se motive en las prohibiciones penales que no son claras (y no lo son para los adolescentes — que podrían incurrir en infracciones penales en aplicación Código de las Niñas, los Niños, las y los Adolescentes —como para los adultos— relativa plenamente responsables— que sostengan relaciones sexuales con personas que tienen entre catorce y dieciocho años de edad).

Es de resaltar que mientras se constata ausencia de coherencia en cuanto a la prohibición en el Perú (bajo sanciones penales) de la libertad sexual de los adolescentes mayores de catorce años en contrario, está suficientemente cierto que, toda libertad debe ser ejercida por las personas, con la información adecuada.

8.2.3.8 La ley penal no solo debe ser escrita y previa (expresa), sino también escrita (inequívoca) para que se cumpla el principio constitucional de legalidad (que surge de interpretar en contrario el apotegma *nullum crimen sine lege praevia*) y que se haya positivizado en el artículo dos inciso veinticuatro párrafo d) de la Constitución Política vigente que exige tanto el carácter expreso como el carácter inequívoco, estándares que deben concurrir simultáneamente.

8.2.3.9 Si los supuestos de la ley penal en el inciso tres del artículo ciento setenta y tres del Código Penal, siendo expresos, son equívocos (por ser contradictorios con el resto del propio sistema jurídico), entonces no se puede considerar configurado el principio constitucionalizado de legalidad en dicha norma legal penal.

8.2.4 Conclusión de inconstitucionalidad

8.2.4.1 Nuestro ordenamiento normativo es un sistema estructurado que debe ser aplicado por el operador judicial de forma ordenada teniendo en cuenta los criterios de temporalidad y especialidad que lo rigen.

8.2.4.2 El Estado Democrático de Derecho tiene la potestad y el deber de perseguir el delito y lograr su sanción, dentro de los marcos de la legalidad³¹⁷.

8.2.4.3 El colegiado realiza el control de constitucionalidad en un caso judicial, siendo relevante determinar la validez de la norma a aplicar para resolver la presente controversia judicial, de modo tal que de aplicarse la norma generará privación de libertad innecesaria en perjuicio del acusado, no habiéndose emitido Ejecutoria del Tribunal Constitucional sobre el particular, ni pronunciamiento de convalidación por Tribunal Internacional de Justicia en materia de Derechos Humanos al que el Estado peruano se halle sometido competencialmente.

8.2.4.4 Constatada en el curso del procesamiento criminal, la afectación de los principios constitucionales del derecho al libre desarrollo (artículo dos inciso uno de la Constitución), del derecho a la libertad (artículo dos inciso dos apartado a) de la Constitución) y de legalidad penal artículo dos inciso veinticuatro apartado d) de la Constitución) en el contenido del dispositivo normativo referido y toda vez que los fallos judiciales deben sostenerse en marcos legales adecuados (artículo ciento treinta y nueve inciso cinco de la Constitución), corresponde a la judicatura, en cumplimiento del deber igualmente constitucional de control difuso, el declarar su inaplicación cuando menos para este concreto caso (artículo ciento treinta y ocho de la constitución).

8.2.4.5 La colisión constitucional declarada en la presente, debe elevarse en consulta conforme lo establece el artículo catorce del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial a la Sala

³¹⁷ (14) El principio de legalidad va más allá de la mera constitución de la existencia de previsión legislativa si aquella no es legítimamente dictada (órgano competente).

Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia para el análisis correspondiente, elevación en consulta que corresponde dado el carácter de la decisión y en su caso la ausencia de impugnación que origine la revisión.

NOVENO: Consecuencias de la inaplicabilidad

9.1 Como efecto de la declaración de inaplicabilidad por colisión constitucional del tipo penal en que se sostiene la acusación, la conducta del acusado deviene en atípica, en cuyo caso, no corresponde una absolución, dado que las previsiones en tal sentido establecidas en el artículo doscientos ochenta y cuatro del Código Penal se concretan a supuestos hipotéticos distintos.

9.2 La situación generada encuadra dentro de las previsiones del artículo cinco del Código de Procedimientos Penales, habiéndose configurado un caso que no reviste connotación de naturaleza penal.

9.3 El efecto final ha de ser el archivamiento definitivo de la causa y la anulación de los antecedentes generados por el procesamiento penal (artículo doscientos veintiuno del Código de procedimientos Penales).

9.4 Esta determinación en el ámbito penal no impide las acciones civiles de resarcimiento que la víctima o sus representantes legales pretendan contra el hoy acusado en la vía idónea.

POR TODO ELLO:

En el ejercicio del criterio de conciencia que la ley ha previsto y administrando justicia a nombre del pueblo de quien proviene la indicada facultad constitucional, los integrantes del colegiado de la Segunda Sala Especializada en el Penal de Arequipa.

FALLAMOS:

POR MAYORÍA:

a) **DECLARANDO INAPLICABLE** por colisión con los artículos dos inciso uno, dos inciso veinticuatro apartado a) y dos inciso veinticuatro apartado d) de la Constitución Política del Estado, el artículo ciento setenta y tres inciso tres del Código Penal, modificado por la Ley veintiocho mil setecientos cuatro.

b) **DECLARANDO** fundada de oficio, la excepción de naturaleza de acción en el proceso seguido en contra de don Alan Richar Tome Guillén, en el proceso seguido en su contra por el delito de violación de la libertad sexual, en agravio de la menor E.S.Z.Y

c) **DISPONIENDO** el archivo definitivo del proceso y la anulación de los antecedentes penales generados por el mismo.

d) **DISPONIENDO** que en el caso de no ser impugnada la presente, se eleve a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de la República, para los efectos legales pertinentes.

e) **DEJANDO** a salvo el derecho de la parte agraviada a reclamar lo pertinente en la vía idónea.

Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos en audiencia pública de la fecha en la sala de audiencias de la Segunda Sala Especializada en el Penal de Arequipa.

SS. Salas Arenas (DD.), Arce Villafuerte, [Voto en discordia de Castañeda Moya]

Fuente: Revista *Jus - jurisprudencia*, Grijley, N° 3, agosto 2007 y Gaceta Jurídica, Dialogo con la jurisprudencia N° 108, abril, 2008.

§07. CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA

Segunda Instancia: 2 Sala Penal de Arequipa
Primera Instancia : 4to Juzgado Penal
Jurisdicción: Penal
Nº de Expediente 1753-2007
Origen: Arequipa
Procesado: Paraguayo Quispe Sabino
Agraviada: J.M.L.S. (17 años)
Tipo de Resolución: Sentencia
Delito: Violación sexual
Fecha: 10 de agosto del 2007
Concordancia Consulta 2224-2007 aprobada el 14/11/2007 , Sala Constitucional y Social Permanente de Corte Suprema

Resumen Control difuso.

Sumilla: CUARTO: (...) 2) (...) cada individuo tiene la capacidad de (...) disponer libremente de su sexualidad cuando se encuentre con la capacidad física y psicológica para hacerlo; (...) un adolescente mayor de catorce años, debido a su desarrollo, tiene ya la capacidad de disposición de su sexualidad; (...) es libre de decidir en qué momento y con quién entablar relaciones de carácter sexual. (...):

3) (...) El Código Penal (...), desde el cinco de abril de dos mil seis (Ley 28704) (...), proscribe (...) las relaciones sexuales de los menores de edad (incluyendo a los adolescentes de catorce años en adelante) (...), pero, el Código Civil permite el matrimonio (...) [desde los] dieciséis años (...) la coexistencia de aquel ámbito de permisión colisiona con la prohibición penal, y genera (...) una excepción de punición (por cuanto de no entenderse así, el matrimonio de adolescentes de catorce años implicaría directamente una comisión delictiva con participación de los padres que autorizan el matrimonio y del Alcalde o el funcionario municipal celebrante del acto o (...) un matrimonio exento de las potestades y deberes de lecho y habitación en tanto alcanza el menor la mayoría de edad, hipótesis que no se ha previsto en la ley).

(...) la coherencia normativa (...) supone la no subsistencia de normas prohibitivas respecto de determinadas situación y a la vez normas permisivas respecto del lo mismo.

(...) no es legítimo que se exija a la ciudadanía que se motive en esta ley de carácter prohibitivo.

4.2 (...) si bien el Estado tiene la potestad y el deber de perseguir el delito (...) no supone (...) contravenir los [preceptos] de rango constitucional referidos al derecho a la libertad y al desarrollo.

(...) [Por medio de] la declaración de inaplicabilidad por colisión constitucional del tipo penal (...) la conducta (...) deviene en atípica. (...)

c) DECLARAMOS inaplicable el artículo 173, inciso 3 del Código Penal modificado por ley 28704, por colisión con los artículos 2 inciso 1, 2 inciso 24 literal a) y dos inciso 24 literal d), de la Constitución Política del Perú (derecho al libre desarrollo de la personalidad, derecho a la libertad, principio de legalidad penal), al negar los derechos sexuales y reproductivos de los adolescentes, respectivamente.

Corte Superior de Justicia de Arequipa

Segunda Sala Penal

Expediente Nº: 1753-2007

Arequipa, dos mil siete, Agosto, diez.

POR MAYORÍA, Vistos:

El recurso de apelación de los folios treinta y ocho a treinta y nueve, interpuesto por la señora Fiscal Provincial Penal de la Segunda Fiscalía Provincial, contra la resolución número dos, de fecha dos de julio de dos mil siete, producida la vista de la causa según constancia del folio cincuenta y dos

PRIMERO: Objeto de la alzada

Es la resolución número cero dos, su fecha dos de julio de dos mil siete, que corre en los folios veintiséis a veintiocho, mediante la cual se declaró no haber lugar a abrir instrucción en contra de don Sabino Paraguay Quispe por delito de violación de la libertad sexual, previsto por el artículo ciento setenta y tres inciso tres del Código Penal en agravio de la menor de iniciales J.M.L.S. y, se dispuso el archivo definitivo de la presente causa.

SEGUNDO: Fundamentos de la apelación

La señora Fiscal Provincial Penal de la Segunda Fiscalía Provincial Penal, en su escrito de folios treinta y ocho a treinta y nueve sustenta el recurso impugnatorio en lo siguiente:

2.1 Que, se ha acreditado que la menor agraviada, cuando contaba con **diecisiete años de edad**, mantuvo relaciones sexuales con el denunciado, obrando en los antecedentes el dictamen pericial número 339-2006, sobre presencia de cabezas de espermatozoides en la muestra que fue tomada a la agraviada, así como las declaraciones vertidas por ambos.

2.2 Estando a lo establecido por el artículo uno de la Ley número veintiocho mil setecientos cuatro, que modifica el artículo ciento setenta y tres del Código Penal, no se requiere para la configuración del delito denunciado, el empleo de violencia o amenaza, por lo que el análisis efectuado por el *a quo*, en su considerando tercero, sería errado.

2.3 En el considerando tercero de la resolución materia de alzada, el señor Juez ha fundamentado su resolución con motivación correspondiente a otro ilícito penal, que no guarda relación con el que es materia de denuncia.

TERCERO: Opinión del señor fiscal superior en lo penal

El señor Fiscal Superior en lo Penal, mediante dictamen número 880 –2007-2FSPMP- AR, de los folios cuarenta y ocho a cuarenta y nueve, opina que se debe declarar fundado el recurso de apelación interpuesto y se declare nula la resolución de folio veintiséis y su corrección del folio veintinueve y se debe disponer se emita nuevo pronunciamiento conforme a los antecedentes, puesto que los hechos expuestos en la denuncia formulada por la Segunda Fiscalía Provincial Penal, corresponden con los elementos típicos del delito denunciado, encontrándose sostenida dicha imputación con los recaudos anexados. Que, la resolución impugnada contiene un considerando (tercero) que no corresponde al delito propuesto y, si bien, dicho error ha sido corregido mediante resolución número tres del folio veintinueve, ésta ha sido notificada al Ministerio Público con posterioridad a la presentación del recurso impugnatorio y después de haber transcurrido los plazos previstos en el artículo cuatrocientos seis y cuatrocientos siete del Código Procesal Civil; por tanto, la resolución impugnada ha incurrido en vicio, causal de nulidad al haberse violentado el principio de coherencia en la motivación de la resolución.

CONSIDERANDO:**PRIMERO: Análisis de la procedencia de la impugnación**

El auto de los folios veintiséis a veintiocho que dispuso no haber lugar a abrir instrucción, fue notificado a la señora Fiscal Provincial el doce de julio de dos mil siete, como se ve del folio treinta, quien interpuso recurso de apelación el diecisiete de julio de dos mil siete, como se aprecia de folios treinta y ocho a treinta y nueve; es decir, dentro del término legal previsto en el artículo dentro del término previsto por el artículo siete del Decreto Legislativo ciento veinticuatro.

SEGUNDO: Análisis de la vigencia de la acción penal

2.1 El artículo setenta y ocho del Código Penal, señala como causa de extinción de la acción penal, la prescripción, la cual opera por el transcurso del tiempo; al respecto, el artículo ochenta y dos del mismo texto legal, establece que en los delitos de comisión instantánea, la prescripción se computa desde el día de la consumación.

2.2 No existe en este proceso motivo de reducción del lapso de prescripción

2.3 El delito que el Ministerio Público atribuye al encausado en calidad de autor, mediante denuncia de folios dieciocho a diecinueve, es el de violación de la libertad sexual de menor edad previsto en el artículo ciento setenta y tres inciso tres del Código Penal, el cual prevé como pena hipotética máxima treinta años; por lo que considerando la fecha en que han tenido lugar los hechos que constituyen el supuesto fáctico de imputación, esto es, cuatro de julio de dos mil seis, la acción penal se encuentra vigente.

TERCERO: Sustento normativo

3.1 Es principio y derecho de la función jurisdiccional la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional, conforme lo señala el artículo ciento treinta y nueve, inciso tercero de la Constitución Política del Estado; así como el artículo ocho de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobada y ratificada por el Estado Peruano.

3.2 El artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Perú, establece como un principio de la administración de justicia, la motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan; asimismo, el artículo doce de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que todas las resoluciones, con exclusión de las de mero trámite, son motivadas, bajo responsabilidad, con expresión de los fundamentos en que se sustentan, pudiendo éstos reproducirse en todo o en parte sólo en segunda instancia, al absolver el grado.

3.3 El artículo ciento setenta y tres modificado por el artículo uno de la Ley número veintiocho mil setecientos cuatro, publicada el cinco abril dos mil seis, establece el delito de violación sexual de menor de edad y en cuyo inciso tres establece que "...Si la víctima tiene entre catorce años de edad y menos de dieciocho, la pena será no menor de veinticinco ni mayor de treinta años...".

3.4 El artículo setenta y siete del Código de Procedimientos Penales, dispone que el Juez Especializado en lo Penal sólo abrirá instrucción si considera que de la denuncia y los recaudos aparecen indicios suficientes o elementos de juicio reveladores de la existencia de un delito, que se ha individualizado a su presunto autor o partícipe, que la acción penal no ha prescrito o no concurra otra causa de extinción de la acción penal.

3.5 El segundo párrafo del artículo ciento treinta y ocho de la Constitución Política del Estado, establece que en todo proceso de existir incompatibilidad entre una norma Constitucional y una norma legal los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior.

3.6 El artículo catorce de la Ley Orgánica del Poder Judicial, establece que de conformidad con el artículo doscientos treinta y seis de la Constitución, cuando los Magistrados, al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, en cualquier clase de proceso o especialidad, encuentren que hay incompatibilidad en su interpretación de una disposición constitucional y una con rango de ley, resuelven la causa con arreglo a la primera; asimismo, establece que las sentencias así expedidas son elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema.

CUARTO: Análisis jurídico fáctico.

4.1 Sobre el delito de violación de la libertad sexual:

4.1.1 Los hechos denunciados por el Ministerio Público, conforme fluye de los folios dieciocho a diecinueve, se basan en que la menor agraviada pasó la noche del día cuatro de julio de dos mil seis, en compañía del denunciado don Sabino Paraguayo Quispe en un hostel ubicado en la calle Siglo XX, lugar donde sostuvieron relaciones sexuales.

4.1.2 En el considerando cuarto de la resolución de los folios veintiséis a veintiocho, el *a quo* señala que para abrir instrucción se requiere la presencia de elementos o indicios reveladores de la comisión de un delito, los mismos que vinculen al denunciado como autor del mismo; y que de autos no aparecen elementos probatorios reales, contundentes que configuren el delito denunciado, ni existe prueba que vincule al denunciado como autor del delito de violación sexual; indicando que no puede abrir instrucción por el solo hecho de una conducta hipotética descrita en la norma, contenida en el artículo ciento setenta y tres inciso tres del Código Penal; que a ello se adita el que la menor agraviada ha sostenido que las relaciones sexuales con el denunciado datan hace más de un año, las que se han dado de mutuo acuerdo, no existiendo indicios mínimos de la comisión del delito denunciado.

4.1.3 Así, de los recaudos acompañados por el Ministerio Público, sobre los cuales sustenta su imputación, se desprende que tanto la menor agraviada como denunciado reconocen haber sostenido relaciones sexuales de mutuo consentimiento, de modo libre, sin ejercer ningún tipo de violencia y/o amenaza, por cuanto entre ambos existe una relación sentimental; contándose además con el dictamen pericial número 339- 2006 del folio dieciséis, en el que se anota que en la muestra recabada a la menor agraviada (contenido vaginal) se observó cabezas de espermatozoides en escasa cantidad, lo que permite corroborar la existencia de relaciones sexuales.

4.1.4 Pero además, consta en el folio siete el certificado médico legal número 009615- IS, con relación al examen médico efectuado a la menor agraviada, del que no se advierte la existencia de signos de violencia física, dejándose anotado en el punto referido a antecedentes ginecológicos: "...Fecha inicio RS Abril 2006 no precisa la fecha en forma voluntaria ..." (sic). De ello y lo observado precedentemente, se advierte que las relaciones sexuales mantenidas entre procesado y agraviada, se han dado de mutuo consentimiento.

4.1.5 Estando a que uno de los requerimientos contemplados en el artículo setenta y siete del Código de Procedimientos Penales, como requisitos de procedibilidad para abrir instrucción, es el extremo por el que la resolución denegatoria ha sido objeto de impugnación, debe indicarse que corresponde establecer si el hecho deviene en ilícito y si se encuentra tipificado como delito nuestro ordenamiento penal:

a) El tipo base del delito de violación de la libertad sexual, contenido en el tipo artículo ciento setenta y tres, inciso tres, modificado por ley veintiocho mil setecientos cuatro, prevé la conducta criminal de quien tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de edad; refiriéndose en el inciso tercero, a menores que tiene entre catorce años y menos de dieciocho años.

b) Antes, debe primeramente evaluarse la constitucionalidad o la inconstitucionalidad del artículo ciento setenta y tres inciso tres del Código Penal peruano; para ello, deben abordarse tres aspectos de interés constitucional como son: 1) El derecho al libre desarrollo, 2) el derecho a la libertad y 3) el principio de legalidad penal.

1) Respecto al derecho al libre desarrollo de la personalidad (artículo dos inciso uno de la Constitución Política del Perú): El derecho al libre desarrollo de la personalidad se encuentra establecido en la Carta Magna del Estado, como el derecho de toda persona a conseguir mediante acciones personales que se encuentren dentro de la ley el desarrollo íntegro de su personalidad; derecho que supone diversos aspectos de la personalidad como son los de orden religioso, psicológico, formativo, y los de carácter sexual y que debe ser respetado por el Estado (y por su actividad legislativa) para la satisfacción del proyecto de vida de cada persona.

Los criterios con los que se limita los derechos fundamentales deben ser razonables, y acorde al progreso de la sociedad; por ello, no es suficiente que el Legislador cumpla con los requisitos legales formales para establecer limitaciones a los derechos de carácter constitucional, debe sobre todo no transgredir el derecho mismo, de modo que suponga la violación de un derecho constitucional.

2) Respecto al derecho a la libertad, contenido en el artículo dos inciso veinticuatro literal a) de la Constitución Política del Perú, se debe señalar que cada individuo tiene la capacidad de obrar y disponer de algunos derechos que le han sido conferidos, como el de disponer libremente de su sexualidad cuando se encuentre con la capacidad física y psicológica para hacerlo; así como lo señaló el señor Juez en la resolución apelada, un adolescente mayor de catorce años, debido a su desarrollo, tiene ya la capacidad de disposición de su sexualidad; por ende, es libre de decidir en qué momento y con quién entablar relaciones de carácter sexual.

Uno de los caracteres del ordenamiento jurídico es el de ser un todo unitario, lo que obliga a la búsqueda de la coherencia normativa que supone la no subsistencia de normas prohibitivas respecto de determinada situación y, a la vez, normas permisivas respecto de lo mismo.

3) Análisis sobre el principio de legalidad penal (al negar los derechos sexuales y reproductivos de los adolescentes), (artículo dos inciso veinticuatro literal d) de la Constitución Política del Perú): El reconocimiento de la antijuridicidad en una conducta presupone, según ZAFFARONI, considerar al orden jurídico como un todo unitario para cuya totalidad la conducta es ilícita, porque no se puede dar lugar al “escándalo jurídico” de afirmar y negar algo al mismo tiempo y por ello “una conducta lícita en un ámbito del derecho, no puede ser ilícita en otro”, salvo que se trate de comportamientos diferentes (ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SKOLAR, Alejandro; MANUAL DE DERECHO PENAL, PARTE GENERAL, EDIAR, págs. 459 y 460, Buenos Aires, 2005). Ello obliga a la razonable búsqueda de la coherencia normativa en el conjunto del acervo legislativo, dado que no resulta jurídicamente aceptable que unas normas permitan lo que otras prohíban, mucho menos, bajo aflicciones de privación de libertad.

El Código Penal Peruano, desde el cinco de abril de dos mil seis (fecha de publicación de la ley veintiocho mil setecientos cuatro) que modificó el parámetro típico precedente (bajo el cual se reconocía el derecho a la libertad sexual de las personas de catorce años de edad en adelante), proscribió hoy las relaciones sexuales de los menores de edad (incluyendo a los adolescentes de catorce años en adelante), bajo sanciones penales diversas, pero, el Código Civil permite el matrimonio de los adolescentes de dieciséis años en adelante bajo ciertas reglas, de modo tal que, la coexistencia de aquel ámbito de permisión colisiona con la prohibición penal, y genera cuando menos a su vez una excepción de punición (por cuanto de no entenderse así, el matrimonio de adolescentes de catorce años implicaría directamente una comisión delictiva con participación de los padres que autorizan el matrimonio y del Alcalde o el funcionario municipal celebrante del acto o, en su defecto,

implicaría la generación de un matrimonio exento de las potestades y deberes de lecho y habitación en tanto alcanza el menor la mayoría de edad, hipótesis que no se ha previsto en la ley).

Entonces, al ser el ordenamiento jurídico un todo unitario, obliga a la búsqueda de la coherencia normativa que supone la no subsistencia de normas prohibitivas respecto de determinadas situaciones y a la vez normas permisivas respecto del mismo.

De modo que al considerar que las limitaciones de derechos deben ser la excepción y no la regla, y estando a lo señalado precedentemente, es que se evidencia que no es legítimo que se exija a la ciudadanía que se motive en esta ley de carácter prohibitivo.

4.2 Conclusión de inconstitucionalidad: Nuestro ordenamiento normativo es un sistema estructurado que debe ser aplicado por el operador judicial de forma ordenada, teniendo en cuenta los criterios de temporalidad y especialidad que lo rigen.

De lo señalado en los considerandos precedentes se desprende que corresponde realizar el control de constitucionalidad en el presente caso, puesto que si bien el Estado tiene la potestad y el deber de perseguir el delito dentro de los marcos de la legalidad, esto no supone que tales preceptos legales puedan contravenir los de rango constitucional referidos al derecho a la libertad y al desarrollo.

La colisión constitucional, declarada en la presente, debe elevarse en consulta conforme lo establece el artículo catorce del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia para el análisis correspondiente, elevación en consulta que corresponde dado el carácter de la decisión y que no cabe impugnación.

4.3 Consecuencias de la inaplicabilidad: Como efecto de la declaración de inaplicabilidad por colisión constitucional del tipo penal en que se sostiene la denuncia, la conducta del acusado deviene en atípica.

4.4 Sobre la nulidad propuesta por el Ministerio Público:

a) En el considerando tercero de la resolución número dos del dos de julio de dos mil siete, se alude a un tipo penal diferente al denunciado, resolución que fue notificada al titular de la acción penal, como se ve de los folios treinta; asimismo, se aprecia del folio veintinueve la resolución de corrección número tres de fecha doce de julio de dos mil siete, en la que se señala que en el tercer considerando, tres punto uno, se han consignado hechos que no corresponden a los que son materia de denuncia, los que han sido anexados por un error material; resolución que ha sido notificada al Ministerio Público el veintitrés de julio de dos mil siete, como se observa del folio cuarenta y uno.

b) Entonces, habiendo sido notificada dicha resolución en forma, no se genera afectación trascendente (siendo claro que se ha producido una interpolación por error), por el sentido de la decisión que el Colegiado adopta, resulta innecesario generar dilación en la tramitación de esta causa.

QUINTO: Análisis de los motivos de la denegación expuesto en el auto expedido por el *a quo*.

5.1 El *a quo* tiene por firme la existencia de relaciones sexuales (apartado 3.2 de folio veintisiete) y ha constatado la edad de la víctima y la presencia de espermatozoides en la cavidad vaginal (apartado 2.1 del folio veintisiete) y concluye que no hay indicios mínimos de la comisión del delito.

5.2 La judicatura debe aplicar la ley vigente e inaplicar la ley sólo, en tanto existan motivos de colisión constitucional, siguiendo las exigencias de la ley. La judicatura no puede dejar de aplicar leyes que estime constitucionalmente válidas sin incurrir en responsabilidad.

POR TALES CONSIDERACIONES:

Con lo opinado por el señor Fiscal Superior Penal:

a) DECLARAMOS INFUNDADO el recurso de apelación de los folios treinta y ocho a treinta y nueve, interpuesto por la señora Fiscal Provincial Penal.

b) DECLARAMOS INFUNDADO el pedido de nulidad propuesta por el Ministerio Público.

c) DECLARAMOS inaplicable el artículo ciento setenta y tres, inciso tercero del Código Penal modificado por ley número veintiocho mil setecientos cuatro, por colisión con los artículos dos inciso uno, dos inciso veinticuatro literal a) y dos inciso veinticuatro literal d), de la Constitución Política del Perú (derecho al libre desarrollo de la personalidad, derecho a la libertad, principio de legalidad penal), al negar los derechos sexuales y reproductivos de los adolescentes, respectivamente.

d) DISPONEMOS la elevación en consulta, en forma inmediata, de los actuados a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema.

e) CONFIRMAMOS por los argumentos esgrimidos en la presente, la resolución número dos, su fecha dos de julio de dos mil siete, de los folios veintiséis a veintiocho, mediante la cual se declaró no haber lugar a abrir instrucción en contra de Sabino Paraguay Quispe por delito de violación de la libertad sexual, previsto en el artículo ciento setenta y tres inciso tres del Código Penal en agravio de J.M.L.S., y se dispuso el archivo definitivo de la presente causa.

f) RECORDAMOS al a quo el cumplimiento puntual de sus deberes legales. Tómesese razón y hágase saber. Vocal Ponente, señor Salas Arenas.

SS. Salas Arenas; Arce Villafuerte, [Voto en Discordia Castañeda Moya].

Órgano: Tercera Sala
 Jurisdicción: Penal
 N° de Expediente: 3530-2007 (I7-371)
 Origen: Chiclayo
 Tipo de Resolución: Sentencia
 Ponente: Zapata López
 Agraviada: Y.L.V.L (15 años)
 Procesado: Miguel Ángel Chávez Romero
 Delito: Violación Sexual de Menores
 Fecha: 14 de enero 2008

Resumen: Atipicidad, consentimiento de mayores de 14 años, interpretación sistemática

Sumilla: **Cuarto** (...) el artículo 175 [seducción] (...) no fue derogado (...) [por la] ley 28704 (...). **Quinto** (...) comete (...) seducción quien valiéndose del engaño tiene acceso carnal con (...) persona (...) [entre] catorce y menos de dieciocho años (...) de no mediar engaño o violencia (...) el adolescente de esa edad puede otorgar su consentimiento válido para el acceso carnal. (...) **Sétimo** (...) [no] todo acceso carnal con persona (...) entre catorce y menor de dieciocho años es violación sexual (...) [porque si] otorga un consentimiento inválido (producto del engaño) el sujeto activo debe ser sancionado con una pena no menor de tres ni mayor de cinco años (...) y si otorga su consentimiento sin mediar engaño (...) debe ser sancionado con una pena no menor de veinte ni mayor de veinticinco años. **Octavo** (...) el consentimiento bajo engaño supone un mayor desvalor de la acción (...) que debería llevar aparejada una mayor sanción penal y no lo contrario (...). **Noveno** (...) confirma la tesis del consentimiento válido (...) que el artículo 176-A (...), al tipificar el delito de actos contra el pudor de menores (...) no incluye (...) a los menores (...) entre catorce y menos de dieciocho años (...) protegidos mediante el artículo 176 (...) que tipifica el delito de actos contra el pudor (...) [de] mayor de edad y siempre que medie violencia o amenaza. **Décimo** (...) si el adolescente (...) con su consentimiento, es objeto de actos contra el pudor, la acción (...) es impune; (...) [su] consentimiento (...) hace desaparecer la tipicidad (...). **Undécimo** (...) no es razonable ni proporcional que el sujeto que compre los favores sexuales de un adolescente (...) entre catorce y menos de dieciocho años (...) sea sancionado (...) [según] artículo 179-A (...) con una pena no menor de cuatro ni mayor de seis años (...); mientras que si (...) tiene acceso carnal con su enamorada (...) sea sancionado con una pena no menor de veinte ni mayor de veinticinco años (...). **Duodécimo** (...) el contenido restringido que viene encontrándose al artículo 173, inciso 03, del código penal, por comparación con los artículos 175, 176 y 176-A (...) se confirma (...) por su comparación con el artículo 179-A, que tipifica el delito de favorecimiento de la prostitución de adolescentes (...) entre catorce y menor de dieciocho años de edad. **Décimo Tercero** (...) para conservar la unidad del ordenamiento jurídico no sólo debe asignársele a la citada norma un sentido más restringido (...) [a su] aislada lectura (...); sino que el consentimiento de los adolescentes (...) mayores de catorce años (...) es relevante jurídicamente para definir la tipicidad (...) **Décimo Cuarto** (...) la ley, a través del artículo 173, inciso 03, del código penal no tutela la indemnidad sexual, sino la libertad sexual; (...) no supone que el adolescente (...) mayor de catorce años de edad no está en aptitud de otorgar consentimiento válido, sino lo contrario; por tanto, él es libre de elegir con quien, cómo y cuándo relacionarse sexualmente; (...). **Décimo Quinto**. Que reconociéndole el derecho aptitud jurídica al consentimiento del adolescentes (...) mayor de catorce años de edad para tener acceso carnal (...); dicho consentimiento previsto en el inciso 10 del artículo 20 del código penal, más que una causa de justificación (...) [o] de exculpación (...) [es] una causa de atipicidad (...). **Décimo Sexto** (...) todo acceso carnal (...) con adolescente (...) mayor de catorce años de edad, con el consentimiento (...), es atípico del (...) artículo 173, inciso 03, del código penal, modificado por la ley 28704. **Décimo Séptimo** (...) [su] tipicidad (...) quedaría reservada (...) al acceso carnal no consentido de menor (...) mayor de catorce años de edad, incluyendo el realizado mediante violencia física o psíquica. **Décimo Octavo** (...) esta interpretación (...) confirma la constitucionalidad del artículo 173, inciso 03 (...), descartando cualquier contradicción (...), conserva la unidad del ordenamiento jurídico y (...) se corresponde con nuestra realidad (...). **Vigésimo** (...) CONFIRMARON la resolución (...) que resuelve No Haber Lugar a Abrir Instrucción (...) [por] delito (...) de Violación Sexual de menor de edad (...).

Expediente Nº 3530–2007 (17–371)

Miguel Ángel Chávez Romero
Violación Sexual
Ponente: Dr. Zapata López

Resolución número:
Chiclayo, catorce de enero del año dos mil ocho.-

Autos y Vistos. En mérito a la apelación de folio cincuenta y seis, presentada por la Representante del Ministerio Público es materia de revisión la resolución número uno de folio cincuenta, dictada por el juez del Sexto Juzgado Especializado Penal de Chiclayo, mediante el cual se declaró no haber lugar a abrir instrucción contra el denunciado Miguel Ángel Chávez Romero como autor del delito de violación de la libertad sexual en agravio de la menor identificada con las iniciales Y.L.V.L., de quince años de edad. Con lo opinado por el señor fiscal superior a través de su dictamen de folio sesenta y tres. Parcialmente por los propios fundamentos de la resolución recurrida y además **CONSIDERANDO: Primero.**– Que en la tarea de aplicar el derecho al caso concreto, el operador jurídico con apoyo en el principio de presunción de constitucionalidad de las leyes, mediante métodos y criterios de interpretación hurga en el contenido de éstas para asignarles un significado que se condiga con la unidad del ordenamiento jurídico. **Segundo.**– Que uno de los métodos de interpretación jurídica más frecuente, junto a la interpretación gramatical, es la interpretación sistemática que permite descubrir el sentido de una norma a través de otras, ya sea por la ubicación de éstas en el sistema normativo o por la comparación de sus propias regulaciones. **Tercero.**– Que a fin de descubrir si es la indemnidad o la libertad sexual el bien jurídico tutelado por el singular delito de violación sexual de menor de dieciocho, pero mayor de catorce años de edad, a quien en adelante, conforme a lo previsto por el artículo I del título preliminar del código de los niños y adolescentes, se les llamará adolescentes, pues según dicha norma es adolescente todo ser humano desde los doce hasta los dieciocho años de edad; delito tipificado por el artículo 173, inciso 03, del código penal, modificado por la ley 28704 del cinco de abril del dos mil seis; es menester recurrir al delito de seducción sancionado por el artículo 175 del código penal. **Cuarto.**– Que antes de analizar el contenido de esta norma es necesario precisar, contra lo que piensan algunos operadores en el derecho, que el artículo 175 del Código Penal, que tipifica el delito de seducción, no fue derogado expresa ni tácitamente por la referida ley 28704. Ello es así, simple y llanamente porque esta ley al modificar el artículo 175 del Código Penal, sobre agravantes específicas de violación sexual, mantuvo indemne el aludido artículo del código penal. **Quinto.**– Que ahora sí veamos. Según el artículo 175 del código penal comete delito de seducción quien valiéndose del engaño tiene acceso carnal con una persona cuya edad fluctúa entre los catorce y menos de dieciocho años; de lo que se infiere que, de no mediar engaño o violencia física o psíquica, el adolescente de esa edad puede otorgar su consentimiento válido para el acceso carnal. **Sexto.**– Que eso supone que el mayor de edad que tiene acceso carnal con un adolescente de la referida edad, sin que medie engaño ni violencia física o psíquica, no comete delito de seducción; mas como el ya citado artículo 173, inciso 03, del código penal considera violación sexual todo acceso carnal con menor de esa edad falta determinar si eso efectivamente es así. **Sétimo.**– Que encontrándose aún vigente el artículo 175 del código penal no es posible concluir sin más ni más que todo acceso carnal con persona cuya edad fluctúa entre catorce y menor de dieciocho años es violación sexual, simple y llanamente porque se llegaría al absurdo que si el adolescente de esa edad otorga un consentimiento inválido (producto del engaño) el sujeto activo debe ser sancionado con una pena no menor de tres ni mayor de cinco años de pena privativa de libertad y si otorga su consentimiento sin mediar engaño, el sujeto activo debe ser sancionado con una pena no menor de veinte ni mayor de veinticinco años. **Octavo.**– Que, como decíamos, esa lectura o interpretación es absurda porque el consentimiento bajo engaño supone un mayor desvalor de la acción del sujeto activo que debería llevar aparejada una mayor sanción penal y no lo contrario, como lo prevé el artículo 175 del acotado. **Noveno.**– Que confirma la tesis del consentimiento válido de los adolescentes de la referida edad, el hecho que el artículo 176–A del código penal, modificado

por la citada ley 28704, al tipificar el delito de actos contra el pudor de menores, sin importar el consentimiento, no incluye dentro de éstos a los menores cuya edad fluctúa entre catorce y menos de dieciocho años; quienes son protegidos mediante el artículo 176 del código penal, que tipifica el delito de actos contra el pudor, entendiéndose de mayor de edad y siempre que medie violencia o amenaza.

Décimo.– Que esto significa que si el adolescente de la referida edad, con su consentimiento, es objeto de actos contra el pudor, la acción de quien los realiza o propicia es impune; es decir, el consentimiento del adolescente en ese supuesto hace desaparecer la tipicidad de la acción del sujeto como autor del delito contra la libertad sexual, en su modalidad de actos contra el pudor.

Undécimo.– Que de otra parte, es igualmente absurda la lectura del artículo 173, inciso 03, del código penal, según la cual todo acceso carnal con menor de la aludida edad es delito de violación sexual, porque no es razonable ni proporcional que el sujeto que compre los favores sexuales de un adolescente cuya edad fluctúa entre catorce y menos de dieciocho años de edad sea sancionado, como prevé el artículo 179–A del código penal, incorporado por el artículo 02 de la ley 28251 del ocho de junio del dos mil cuatro; con una pena no menor de cuatro ni mayor de seis años de pena privativa de libertad; mientras que si ese mismo sujeto tiene acceso carnal con su enamorada de la citada edad, sea sancionado con una pena no menor de veinte ni mayor de veinticinco años de pena privativa de libertad.

Duodécimo.– Que así, el contenido restringido que viene encontrándose al artículo 173, inciso 03, del código penal, por comparación con los artículos 175, 176 y 176–A del mismo código; se confirma ahora por su comparación con el artículo 179–A, que tipifica el delito de favorecimiento de la prostitución de adolescentes cuya edad varía entre catorce y menor de dieciocho años de edad.

Décimo Tercero.– Que como se ve, la interpretación sistemática del artículo 173, inciso 03, del código penal nos demostró que para conservar la unidad del ordenamiento jurídico no sólo debe asignársele a la citada norma un sentido más restringido del que su sola y aislada lectura provee; sino que el consentimiento de los adolescentes de dieciocho, pero mayores de catorce años de edad es relevante jurídicamente para definir la tipicidad misma de la acción de violación sexual de menor edad.

Décimo Cuarto.– Que esto a su vez nos demuestra que la ley, a través del artículo 173, inciso 03, del código penal no tutela la indemnidad sexual, sino la libertad sexual; es decir, el derecho no supone que el adolescente de dieciocho, pero mayor de catorce años de edad no está en aptitud de otorgar consentimiento válido, sino lo contrario; por tanto, él es libre de elegir con quien, cómo y cuándo relacionarse sexualmente; libertad sexual que es además confirmada por el derecho civil que, a través del artículo 241 del código civil, permite el matrimonio y con ello el acceso carnal de adolescentes de dieciséis años de edad.

Décimo Quinto.– Que reconociéndole el derecho aptitud jurídica al consentimiento del adolescentes de dieciocho, pero mayor de catorce años de edad para tener acceso carnal con un mayor de edad; dicho consentimiento previsto en el inciso 10 del artículo 20 del código penal, más que una causa de justificación que hace desaparecer la antijuricidad de la acción o más que una causa de exculpación, como erróneamente está regulada, es en realidad una causa de atipicidad de la acción.

Décimo Sexto.– Que esa es la razón por la que este superior órgano de revisión considera que todo acceso carnal de mayor de edad con adolescente de dieciocho, pero mayor de catorce años de edad, con el consentimiento de éste, es atípico del delito de violación sexual de adolescentes tipificado por el artículo 173, inciso 03, del código penal, modificado por la ley 28704.

Décimo Séptimo.– Que así, excluido el supuesto de hecho mencionado, la tipicidad del delito de violación sexual de adolescente sancionado por el artículo 173, inciso 03, del código penal, quedaría reservada o circunscrita al acceso carnal no consentido de menor de dieciocho, pero mayor de catorce años de edad, incluyendo el realizado mediante violencia física o psíquica.

Décimo Octavo.– Que esta interpretación, en primer lugar confirma la constitucionalidad del artículo 173, inciso 03, del código penal; en segundo lugar, descartando cualquier contradicción o antinomia normativa, conserva la unidad del ordenamiento jurídico y en tercer lugar, se corresponde con nuestra realidad social y jurídica pues, como desde hace muchos años en el resto del mundo viene ocurriendo, la tendencia del derecho es a reconocer u otorgar cada vez mayores espacios al individuo para que, conforme establecen los artículos primero y segundo, inciso uno, de nuestra carta magna, se realice como persona con dignidad y exprese libremente las diversas manifestaciones de su personalidad, incluyendo por supuesto la libertad sexual.

Décimo Noveno.– Que sólo así podemos entender que en un mundo globalizado, del cual el Perú forma parte, las condiciones que aseguran un

mayor acceso a la información, como el internet, permiten la existencia de adolescentes cada vez más informados, que relevan al Estado de una mayor tutela a su indemnidad o intangibilidad sexual, reduciendo cada vez más la edad de las víctimas de abuso sexual y, como contrapartida, incrementando las posibilidades o supuestos de libre ejercicio de la sexualidad de adolescentes mayores de doce, trece o catorce años de edad, como ocurre en España, Argentina y nuestro país, respectivamente. **Vigésimo.**– Que así, no puede ser otro el corolario de la reconstrucción efectuada que la ratificación de la resolución impugnada, pues ésta, conforme exige el artículo 122 del código procesal civil, de aplicación supletoria al caso por remisión de su primera disposición final se condice con el mérito del proceso y con la ley. Consideraciones por las que **CONFIRMARON** la resolución apelada de folio cincuenta a cincuenta y tres, dictada el catorce de setiembre del dos mil siete, que resuelve **No Haber Lugar a Abrir Instrucción** contra Miguel Ángel Chávez Romero como presunto autor del delito Contra La Libertad en su figura de Violación Sexual De Menor de Edad en agravio de la menor de las iniciales Y.L.V.L.; y los devolvieron. SS. Ponte Durango; Chávez Mella; Zapata López.

§09. CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA LIBERTAD

Órgano: Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria
Jurisdicción: Penal
Nº de Expediente 3312-2007
Origen: Trujillo
Procedimiento: Investigación preparatoria
Tipo de Resolución: Auto de Sobreseimiento
Delito: Violación sexual de Menor (Art. 173.3)
Agraviada: B.C.R.S. (15 años)
Procesado: Erick Segundo Mariño Arenas (21 años)
Fecha: 31 de marzo de 2008

Sumilla: 3.5. La aplicación mecánica de la norma penal (...) [a] relaciones sexuales consentidas de una pareja de enamorados (...) resultaría (...) una absoluta arbitrariedad (...).
13.9. (...) los artículos 44º, 46º y 241º del Código Civil (...) [reconocen el] derecho a la libertad sexual de los adolescentes entre catorce y menos de dieciocho años, entendido básicamente como la autonomía de elección del tiempo, forma y persona con quien tener relaciones sexuales (...).
17.5. (...) las relaciones sexuales consentidas de los y las adolescentes de catorce y menos de dieciocho años de edad son atípicas (...), alejándonos (...) del Acuerdo Plenario que califica como delito, con penalidad atenuada, la practica sexual de quienes tienen catorce y quince años (...) así mismo, creemos innecesario invocar el consentimiento de aquellos entre dieciséis y diecisiete años, como causa de justificación (...) dado que (...) estamos ante un comportamiento atípico.
18.1. (...) deberá procederse al sobreseimiento (...) [dado] que (...) constituyen un comportamiento atípico (...) una relación sentimental de enamorados, de público conocimiento en el círculo familiar y amical de ambos, configurándose la causal (...) que autoriza el sobreseimiento (...).
19.2. El análisis del caso de autos, ha puesto en evidencia las contradicciones e incompatibilidades de la aplicación del artículo 173º, inciso 3º del Código Penal, en su formula actual modificada por Ley Nº 28704, con la Constitución Política del Estado en su artículo 1º (dignidad), artículo 2º, inciso 1º (libre desarrollo de la personalidad), artículo 2º, inciso 2º (igualdad ante la ley), artículo 2º, inciso 7º (intimidad personal), artículo 2º, inciso 24º, literal "a" (libertad individual), artículo 7º (la salud), artículo 2º, inciso 24º, literal "d" (legalidad penal). Así mismo con el Código Penal en su artículo 170º (violación sexual), artículo 175º (seducción) y artículo 176º (actos contra el pudor). Finalmente con el Código Civil en sus artículos 44º, 46º y 241º (derechos reproductivos, matrimoniales y filiales).

Corte Superior de Justicia de la Libertad

Expediente: 3312-2007

Juzgado: Tercer Juzgado Penal de Investigación Preparatoria de Trujillo

Imputado: Erick Segundo Mariño Arenas

Agraviado: B.C.R.S.

Delito: Violación sexual de menor de edad (Art. 173º, inc. 3º CP)

Juez: Dr. Giammpol Taboada Pilco

Asistente: Gabriela Quiroz Izquierdo

Auto de sobreseimiento

Resolución Número tres:

Trujillo, 31 de marzo del 2008

I. Parte Expositiva:

La (...) Fiscal Provincial Penal (...), presenta requerimiento de sobreseimiento en el proceso seguido contra Erick Segundo Mariño Arenas, por el delito de violación sexual de menor de edad, tipificado en el artículo 173º, inciso 3º del Código Penal, modificado por Ley N° 28704 (...); se corrió traslado a los demás sujetos procesales por el plazo de diez días, sin que se presente oposición alguna; se realizó la Audiencia Preliminar en la Sala de Audiencias del Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria (...) [el] diecisiete de marzo del dos mil ocho, conforme al registro de audio que obra en archivo, habiéndose recepcionado la carpeta fiscal para su análisis; siendo el estado del proceso el de expedir auto de sobreseimiento.

II. PARTE CONSIDERATIVA:

1. ITINERARIO PROCESAL

Noticia criminal

1.1. Con fecha dieciséis de abril del dos mil siete (...) Karen Anali Rodríguez Santillán se presenta ante la Comisaría (...) para formular denuncia verbal, debido a que su hermana (...) de iniciales BCRS de dieciséis años de edad, había salido de su casa el día viernes trece de abril del dos mil siete, a las diecisiete horas, con dirección a su centro de estudios (...), sin que haya retornado a su domicilio, desconociendo su paradero, presumiendo que se encontraba con (...) Erick Segundo Mariño Arenas, porque eran enamorados.

1.2. Con fecha dieciocho de abril del dos mil siete (...) la Móvil PG-0402 de Radio Patrulla, dio cuenta que (...) se desplazó a la cuadra tres del Jirón Paraguay en la Urbanización El Recreo (...), encontrando en el interior del Hostal Paraguay a (...) [la] menor de iniciales BCRS.

Etapas de Investigación Preparatoria

1.3. Con fecha veintiuno de mayo del dos mil siete, la (...) Fiscal Provincial (...) en adelante 2FPPCT-, mediante oficio (...) remitido por el Comisario (...), toma conocimiento de la denuncia verbal (...), procediendo a dictar *disposición de investigación preliminar*, como lo prevé los artículos 329º y 330º del Nuevo Código Procesal Penal³¹⁸ –en adelante CPP- (...), por (...) delito de violación sexual de menor de edad tipificado en el artículo 173º, inciso 3) del Código Penal, modificado por Ley N° 28704 en agravio de la menor de iniciales BCRS, con la finalidad de realizar los actos urgentes e inaplazables destinados a determinar si han tenido lugar los hechos objeto de conocimiento y su delictuosidad.

1.4. Con fecha dieciocho de julio del dos mil siete, la 2FPPCT dicta *disposición de formalización de la investigación preparatoria*, como lo prevé el artículo 334º del CPP (...) por (...) delito de violación sexual de menor de edad tipificado en el artículo 173º, inciso 3) del Código Penal, delimitando como hechos incriminatorios, que (...) el imputado- habría mantenido relaciones sexuales con la menor agraviada (...), con fecha de nacimiento el seis de noviembre de mil novecientos noventa, contando con su consentimiento por ser su enamorado, la primera vez en el mes de septiembre del dos mil seis en la casa del imputado, cuando la agraviada contaba con quince años de edad, en tanto que los demás (...) en los meses de enero y abril del dos mil siete en el Hostal Paraguay, cuando la agraviada había cumplido dieciséis años de edad.

³¹⁸ (1) Código Procesal Penal del 2004, vigente en el Distrito Judicial de La Libertad, desde el 01 de abril del 2007.

1.5. Con fecha veintitrés de noviembre del dos mil siete, la 2FPPCT dicta **disposición de conclusión de la investigación preparatoria** (...), por haberse vencido el plazo de investigación previsto en el artículo 342º, numeral 1º del CPP.

Etapas Intermedia

1.6. Con fecha cuatro de febrero del dos mil ocho, la 2FPPCT formula **requerimiento de sobreseimiento**, invocando las causales previstas en el artículo 344º, numeral 2º, incisos b) y d) del CPP, consistente en que el hecho imputado no es típico, así como tampoco existe razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos datos a la investigación y no hay elementos de convicción suficientes para solicitar fundadamente el enjuiciamiento del imputado, para ello, insta el **control difuso** por inaplicación del artículo 173º, inciso 3) del Código Penal, modificado por Ley N° 28704, por colisionar con diversas normas de la Constitución Política del Estado.

2. HECHOS RELEVANTES ACREDITADOS

Diferencia etárea

2.1. El imputado (...), ha nacido en Trujillo con fecha *primero de octubre de mil novecientos ochenticuatro* como consta de la ficha de RENIEC (...) y la partida de nacimiento (...), contando a la fecha del primer acto sexual con la menor agraviada ocurrido en septiembre del 2006, con veintiún años de edad. Por su parte la agraviada BCRS (...), ha nacido en Patate con fecha *seis de noviembre de mil novecientos noventa*, como consta de la partida de nacimiento (...), contando a la fecha del primer acto sexual con el imputado ocurrido en septiembre del 2006, con **quince años de edad**. En suma, el primer encuentro sexual tuvo lugar cuando el imputado era mayor de edad (21 años) y la agraviada era menor de edad (15 años), llevándose una diferencia etárea prudencial de seis años.

Condiciones personales

2.2. El imputado es estudiante de Derecho (...) desde el año 2004, (...) soltero y domicilia con sus dos hermanos y su padre (...). No registra antecedentes policiales (...), tampoco (...) penales (...), [ni] judiciales (...). No tiene bienes inmuebles, ni bienes muebles inscritos en registros públicos como consta de los informes de SUNARP (...).

2.3. La agraviada es estudiante de tercer año de educación secundaria (...), soltera y domicilia con su hermana (...). Tiene inteligencia dentro de los parámetros normales para su edad y nivel educativo como consta de la Evolución Psiquiátrica N° 003461-2007-PSQ (...) elaborado por el Psiquiatra de la División Médico Legal (...).

2.4. Como se advierte, el imputado y la agraviada tienen la condición de estudiantes, libres de impedimento matrimonial y se encuentran en estado normal de sus capacidades intelectivas, para comprender las consecuencias de sus actos.

Vínculo sentimental

2.5. La agraviada en su declaración ante la Fiscalía Provincial de Familia (...) ha referido que el imputado *“era su enamorado desde mayo del 2006 hasta el 18 de abril del 2007, en que me intervino personal policial en un hostal llamado Paraguay”,* (...). Por su parte, el imputado en su declaración (...) ha manifestado que *“eran enamorados desde mediados de abril del 2006, pero a partir de la presente denuncia ya no tenemos ningún tipo de acercamiento”*.

2.6. La existencia del vínculo sentimental entre el imputado y la agraviada como **enamorados**, resulta suficientemente acreditada por el contenido afirmativo, coincidente y congruente de sus respectivas

declaraciones, lo que incluso era de **conocimiento y consentimiento de la hermana mayor de la agraviada**, (...) como consta de su declaración (...), al manifestar que *"mi hermana BCRS me contó que ella y la persona de Erick Segundo Mariños Arenas eran enamorados desde el 20 de abril del 2006, (...) le dije que lo quería conocer (...), al principio no vi nada malo en ese muchacho e inclusive como era miembro de la misma Iglesia a la que yo asistía en donde se bautizo, me pareció bien que fueran enamorados"*.

Relación sexual consumada

2.7..La agraviada en su declaración ante la Fiscal Provincial de Familia (...) ha referido que *"en septiembre del 2006 (...) tuvimos relaciones sexuales la primera vez con mi consentimiento y el día 13 de abril del 2007, también tuve relaciones sexuales y el día 16 de abril del 2007 en un Hostal Paraguay" (...),* el imputado en su declaración (...) ha manifestado que *"si es cierto que hemos mantenido relaciones sexuales, (...) entre septiembre y octubre del dos mil seis en mi casa, luego a principios de enero del 2007 en el Hostal Paraguay (...), y la última vez entre el 13 y 16 de abril de este año" (...).*

Consentimiento del acto sexual

2.9. La agraviada en su declaración ante la Fiscal Provincial de Familia (...) ha referido que *"tuvimos relaciones sexuales (...) con mi consentimiento"*. Por su parte, el imputado en su declaración (...) ha manifestado que *"las veces que hemos tenido relaciones sexuales, han sido con su consentimiento, (...) dentro de nuestra relación (...) como enamorados"*.

2.10. El consentimiento válido (sin mediar violencia, amenaza o engaño) prestado por la menor agraviada, para acceder a las relaciones sexuales con el imputado (...) esta acreditado por la uniformidad de sus propias declaraciones, corroborado (...) con el Certificado Médico Legal N° 002691-H (...) concluyendo que *"no presenta lesiones traumáticas externas recientes en su cuerpo"*, así como el Protocolo de Pericia Psicológica No 005275-2007-PSC (...) que concluye: *"No se encuentra indicadores emocionales compatibles con agresión sexual"*.

3. DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL DE ADOLESCENTES MAYORES DE CATORCE Y MENORES DE DIECIOCHO AÑOS DE EDAD

3.2. El artículo 173°, inciso 3° del Código Penal, modificado por Ley N° 28704, a partir del cinco de abril del dos mil seis, (...) es la norma penal aplicable al caso de autos, (...) la primera relación sexual ocurrió cuando ella tenía **quince años de edad**, (...). Por tanto, una simple *interpretación literal* podría conducirnos a la conclusión que el imputado sería autor del delito **violación sexual de menor de edad**, -pese a no haber mediado violencia, amenaza o engaño-, correspondiendo la aplicación de pena (...) no menor de 25 ni mayor de 30 años.

3.5. La aplicación mecánica de la norma penal (...) producto de su sola lectura literal, sintetizado en el mantenimiento de relaciones sexuales consentidas de una pareja de enamorados, compuesto por una mujer (...) con 15 años y un hombre (...) con 21 años, resultaría (...) una **absoluta arbitrariedad, repudiable al valor justicia (...) debiendo el juez a quo, innovar y crear Derecho al caso concreto**, de modo que la decisión sea consecuencia de la aplicación de las normas, valores y principios que integran el ordenamiento jurídico como un todo unitario y coherente (...).

3.6. (...) la interpretación no es una mera aplicación mecánica del artículo 173.3° del CP, a la que nada se agrega; y significa también que el Derecho es más que la ley (...).

3.8. Para no caer en el mecanicismo (...) de la simple interpretación literal (...) con la (...) consecuencia de considerar como delito un acto sexual consentido, producto de una relación

sentimental entre el imputado mayor de edad (21 años) con la agraviada menor de edad (15 años), debemos penetrar en los diversos métodos de interpretación jurídica, para hallar su correcta interpretación (...).

4. REALIDAD SEXUAL DE LOS ADOLESCENTES

4.1. No existen datos precisos de cuando las personas inician su vida sexual en el Perú (...) estudios al parecer más cercanos a la realidad, señalan que (...) ocurre entre los trece (13) y catorce (14) años en varones y a los quince (15) años en mujeres³¹⁹.

4.2. (...), en el Perú, el 22% de las adolescentes ya se ha iniciado sexualmente, el porcentaje (...) es más alto en los grupos que tiene menor nivel educativo (52.5 %) o de menor nivel económico (40.2%)³²⁰³²¹. Por eso, si la conclusión interpretativa del artículo 173º, inciso 3º del Código Penal es la negación y represión de la libertad sexual de los y las adolescentes de catorce (14) y menos de dieciocho (18) años, tendría que haber alrededor de 260,000 casos de "violación" denunciados, a quienes adicionalmente les serían negados servicios básicos de salud sexual y reproductiva por el Estado.

4.3. La Encuesta CONAJU 2004 (Fuente: Endes – 2000, 2004, 2005)³²², muestra que (...) el 23% de los adolescentes tienen su primera relación sexual antes de los quince (15) años, esta cifra crece a 27% en las zonas rurales y en la selva el porcentaje se eleva al 64%. Finalmente el 12.7% de las adolescentes mujeres ya son madres o están embarazadas.

4.4. (...) podemos concluir que en nuestro país un porcentaje significativo de adolescentes menores de dieciocho (18) años de edad, tiene una vida sexual activa; tal es así, que el propio Estado a través del Ministerio de Salud ha diseñado (...) políticas concretas de prevención e información en temas de sexualidad y reproducción, como la Norma Técnica de Planificación Familiar aprobada por Resolución Ministerial N° 465-99-SA/DM, que señala que (...) están aptos, previa consejería, para recibir métodos anticonceptivos. Incluso más de veinte organizaciones y redes juveniles agrupadas en la Alianza "¡Si Podemos!", entre los que se encuentran Impares, Manuela Ramos, Amnistía Internacional, Redes Jóvenes, Demus, Mesa de Adolescentes y Juventud, entre otros, han revisado y validado los lineamientos de la Educación Sexual Integral (ESI), que serán aprobados por el Ministerio de Educación y la Presidencia del Consejo de Ministros, sobre la política nacional que permita desarrollar una sexualidad plena y placentera durante todas las etapas de la vida.

6. DERECHO A LA DIGNIDAD

6.3. (...) los ciudadanos de ningún modo establecieron el poder político para que les tutele moralmente o para obligarles a asumir determinados valores éticos, en el ámbito estrictamente privado y personal, entre ellos, el comportamiento sexual. Una sociedad pluralista (...) demanda el reconocimiento de diversas opciones de auto realización personal en diversas esferas de la vida privada. Situación que alcanza incluso a tolerar prácticas sexuales contrarias a la moral sexual dominante siempre que no ocasionen perjuicio a terceros. (...). El Derecho Penal (...) no debe (...)

³¹⁹ (2) TAVARA OROZCO, Luis. *Contribución de las Adolescentes a la Muerte Materna en el Perú*. Sociedad Peruana de Obstetricia y Ginecología ISSN. En: <<http://sisbib.unmsm.edu.pe/BVRevistas/ginecologia/Vol50N2/a06.htm>>[consulta: 28 de marzo del 2008].

³²⁰ (9) Encuesta Demográfica de Salud – ENDES 2000. Citado por la carpeta de la Mesa de Vigilancia Ciudadana en Derechos Sexuales y Reproductivos, Conferencia de Prensa sobre la Ley de Indemnidad Sexual, 05 de diciembre del 2006.

³²¹ (10) Instituto Nacional de Estadísticas. *Perú en Cifras*, 2005.

³²² (11) TORRES, Nilton. *La (mala) Educación Sexual*. En: Diario La República. Suplemento Domingo. Lima. 30 de marzo del 2008, pp. 20-22.

imponer un determinado código moral sexual (...) [como] la proscripción de la libertad sexual de los adolescentes de catorce (14) y menos de dieciocho (18) años de edad.

6.4. (...), llevado al ámbito jurídico de análisis del (...) artículo 173º, inciso 3) del Código Penal, modificado por Ley N° 28704, podemos concluir que el sector de adolescentes que fluctúan entre catorce (14) y menos de dieciocho (18) años, tienen derecho al pleno respeto a su autodeterminación en el ámbito sexual, esto es, a decidir libremente tener o no relaciones sexuales con la persona, en la forma y oportunidad que crean conveniente, sin autorizaciones y menos represiones externas a su propia autonomía personal o familiar.

6.5. La supremacía de la dignidad de la persona humana sobre el Estado, garantiza a los adolescentes el pleno respeto a la decisión libre de tener relaciones sexuales, como parte del plexo de libertades no perjudiciales a los demás ciudadanos, en rigor, constituye una decisión personal relacionado con un aspecto de la vida íntima sexual, en la que el Estado a través de su sistema de represión penal, no debe inmiscuirse o intervenir, so pretexto de defender ciertos valores morales (?), que el ciudadano promedio no puede entender o asimilar con meridiana claridad, por contravenir hasta el propio sentido común, piénsese en los actos sexuales derivados de una relación sentimental entre dos adolescentes, en principio irrelevante a efectos penales, pero por infortunio biológico, uno de ellos cumple primero la mayoría de edad (18 años), convirtiéndose *de facto* y *de jure*, en una conducta penalmente típica de violación sexual reprimida con veinticinco años de cárcel.

6.6. El Derecho Penal puede intervenir como brazo represor (...) sólo cuando esta libertad se vea vulnerada, atacada y/o violentada. Pero como es de verse del caso en estudio, la agraviada, mayor de catorce (14) años de edad (15 años y 10 meses a la fecha de la primera relación sexual), debido a su desarrollo biopsicosocial tiene derecho de disponer libremente de su sexualidad, ya que cuenta con la capacidad física y psicológica para hacerlo, al haberse acreditado que tiene inteligencia dentro de los parámetros normales para su edad y nivel educativo, como consta de la Evolución Psiquiátrica N° 003461-2007-PSQ (...), adquiriendo por tanto plena validez la autodeterminación sexual manifestada en la libertad de decidir (elegir) la persona con quien entablará relaciones de carácter sexual, siendo más bien, responsabilidad del Estado y del seno de la familia, darle la información y educación para que tome la decisión más acertada sobre su sexualidad.

7. DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD

7.3. (...) [los] espacios de libertad excluidos de la intervención penal estatal, necesarios para el pleno desarrollo de nuestra personalidad, comprende (...) a los derechos sexuales de hombres y mujeres en edad núbil, como: el derecho a disfrutar de la sexualidad sin necesidad de procrear, derecho a la libre elección de prácticas sexuales (con quién, cómo y cuándo), derecho a la libre expresión de la orientación sexual, derecho a recibir información y/o educación sobre sexualidad, entre otros. En consecuencia, bajo la misma ideología de la defensa de la persona humana y del respeto a su dignidad reconocida en el artículo 1º de la Constitución Política (...), resulta congruente interpretar como parte del derecho al libre desarrollo de la personalidad, del grupo humano compuesto por los y las adolescentes entre catorce (14) y menos de dieciocho (18) años, la libertad de tener relaciones sexuales con quienes elijan, sea ésta una persona menor (hasta 14 años) o mayor de edad (de 18 años a más), por corresponder eminentemente al ámbito privado e íntimo de disposición de su propio cuerpo para la práctica sexual, en tanto tal decisión constituya un acto plenamente libre y espontáneo.

8. DERECHO A LA IGUALDAD ANTE LA LEY

8.4. Para María Consuelo Barletta³²³ "la edad como criterio para fijar la franja entre la "indemnidad" y la "libertad sexual", corresponde a un criterio objetivo, fácilmente medible, que parte del supuesto que a determinada edad él y la adolescente tendrán el criterio suficiente para decidir sobre su actividad sexual". El criterio por excelencia de referencia es la edad núbil³²⁴, en nuestro país, se ha establecido en los artículos 44°, 46° y 241° del Código Civil, la edad de dieciséis (16) años para los y las adolescentes, acotando que antes de la modificación de esta última norma por el artículo 1° de la Ley N° 27201 (14/11/1999), la edad para la mujer era de catorce (14) años y se mantenía en dieciséis (16) años para el varón. Así mismo, el artículo 46°, en su segundo párrafo del Código Civil, ha establecido que tratándose de mayores de catorce (14) años –sea hombre o mujer- cesa la incapacidad a partir del nacimiento del hijo, para realizar determinados actos relacionados con el reconocimiento filial y defensa de los derechos alimenticios. En resumen, la edad legal de reconocimiento de derechos reproductivos y por tanto de derechos sexuales para los y las adolescentes es de catorce (14) años.

8.5. Una interpretación simplista del (...) artículo 173.3° del CP, podría conducirnos (...) a la censura de la libertad de toda persona menor a dieciocho (18) años, para autodeterminarse en el ámbito privado de su vida sexual; empero, tal interpretación (...), representa un contrasentido del propio ordenamiento penal, en la figuras típicas del delito de violación sexual (art. 170° del CP), el delito de seducción (art. 175° del CP) y el delito de actos contrarios al pudor (art. 176° del CP), que precisamente reconocen a la libertad sexual como el bien jurídico protegido, así como al ordenamiento civil respecto a la capacidad relativa adquirida por razón del nacimiento del hijo (art. 46° del CC). En ambos ordenamientos penal y civil, el criterio objetivo de medición de edad núbil de los y las adolescente es catorce (14) años, contrario sensu, todo reproche penal que coacte y reprime tal libertad, constituiría una *discriminación arbitraria e irrazonable*.

10. DERECHO A LA LIBERTAD

10.4 En el campo de los delitos sexuales, el concepto de libertad sexual tiene dos aspectos (...). En su aspecto **positivo** (...) significa libre disposición de las propias capacidades y potencialidades sexuales, tanto en su comportamiento particular como en su comportamiento social. En su aspecto **negativo**, (...) el derecho de toda persona a no verse involucrada sin su consentimiento en un contexto sexual³²⁵. La libertad sexual (...), no solamente se enfoca desde un concepto puramente positivo (...), sino debe entenderse a la vez en un sentido negativo, por el cual no puede obligarse a una persona a tener relaciones sexuales en contra de su voluntad, haciendo uso de coacciones, abusos o engaños.

10.5 En el caso de los menores o incapaces, (...) [no] puede alegarse que se protege su libertad o autodeterminación en los delitos sexuales, pues por previsión legal, aquellos carecen de tal facultad, habiéndose establecido en el ordenamiento civil (art. 46° del CC) el criterio etéreo de **catorce (14) años**, por ello, en concordancia práctica con el ordenamiento penal dada las características de unidad y coherencia del sistema normativo, también servirá como criterio legal de delimitación de protección del bien jurídico libertad sexual de los sujeto pasivos compuesto por los y las adolescentes entre catorce (14) y menos de dieciocho (18) años para los delitos de violación sexual (art. 170° del CP), violación presunta (art. 173.3 del CP), seducción (art. 175° del CP) y actos contrarios al pudor (art. 176° del CP).

³²³ (15) BARLETTA VILLARAN, María Consuelo. *Entre la "Indemnidad Sexual y la "Libertad Sexual" para los y las Adolescentes brindar protección o autonomía en la decisión*. En: Revista Peruana de Derecho de Familia. Numero 2/ Diciembre-2007. Lima, pp. 51-57.

³²⁴ (16) Núbil significa que esta en edad de casarse o en las condiciones requeridas para el matrimonio.

³²⁵ (19) BAJO FERNANDEZ, Miguel. *Manual de Derecho Penal*. Tomo I. 1991, p. 198. Prefiere enseñar que la libertad debe entenderse de dos maneras. Como libre disposición del propio cuerpo, sin más limitaciones que el respeto a la libertad ajena; y como facultad de repeler agresiones sexuales de terceros.

10.6. Para los casos de los menores de catorce (14) años, el bien jurídico protegido (...) [es la] indemnidad o intangibilidad sexual; entendido como la protección del libre y normal desarrollo sexual del menor ante todo ataque, o la salvaguarda de la integridad física y psíquica del menor ante los ataques que pueden ser perjudiciales para su normal desarrollo sexual, que se presenta con carácter de indisponibilidad o irrenunciabilidad, careciendo de validez y relevancia penal, el consentimiento prestado para el acceso carnal. La idea de "indemnidad sexual" se relaciona directamente con la necesidad de proteger y garantizar el desarrollo normal en el ámbito sexual de quienes aun no han alcanzado el grado de madurez suficiente para ello, como sucede en el caso de los menores de catorce (14) años de edad, así como con la protección de quienes, debido a anomalías psíquicas, carecen, *a priori*, de plena capacidad para llegar a tomar conciencia del alcance del significado de una relación sexual, para ellos resultara perfectamente coherente y justificada, la figura del tipo delictivo de violación presunta prevista en el artículo 173.3° del CP, intensificando el reproche penal del sujeto activo, en forma proporcional a la minoría etárea del sujeto pasivo.

11. DERECHO A LA SALUD

11.4. El Ministerio de Salud en la Guía Nacional de Atención Integral de la Salud Sexual y Reproductiva (Lima-2004), ha definido a los derechos sexuales y reproductivos como "parte inseparable e indivisible del derecho a la salud y de los derechos humanos. Su finalidad es que todas las personas puedan vivir libres de discriminación, riegos, amenazas y coerciones y violencia en el campo de la sexualidad y la reproducción". En relación a ello, el Plan Nacional de Acción por la Infancia y Adolescencia 2002-2010, aprobado por Ley N° 28457, establece como visión al 2010 (...), estableciéndose como resultado esperado la "reducción de las infecciones de transmisión sexual y VIH/SIDA en adolescentes", fijando como meta la reducción en un 50% los casos de transmisión sexual y VIH/SIDA en adolescentes y que el 100% de las y los adolescentes y docentes de secundaria tendrán conocimientos y competencias en educación sexual y conocen los riesgos de las ITS y VIH/SIDA.

11.5. La prevención de la sexualidad como política de salud del Estado Peruano, toma forma concreta en la Resolución Ministerial N° 536-2006-MINSA, que aprueba la Norma Técnica N° 032-MINSAQ/DGSP-VO1 "Norma Técnica de Planificación Familiar", referido a favorecer al acceso del derecho a la información de los y las adolescentes cuando éstos se encuentren en riesgo de contraer una infección con las ITS y VIH/SIDA, por tanto, resultaría totalmente contradictorio interpretar que el artículo 173.3° del CP, prohíbe a los y las adolescentes menores de dieciocho (18) años de edad, la práctica de relaciones sexuales consentidas, mientras que por otro lado, el Ministerio de Salud, planifica y ejecuta una política de prevención e información en temas de sexualidad y reproducción dirigidos al mismo grupo humano, como es el caso de la Norma Técnica de Planificación Familiar aprobada por Resolución Ministerial N° 465-99-SA/DM, que señala que los y las adolescentes están aptos, previa consejería, para recibir métodos anticonceptivos.

11.7. El artículo 30° de la Ley General de Salud (Ley N° 26842) señala que "el médico que brinda atención (...) a una persona herida por arma blanca, herida de bala, accidente de tránsito o por causa de otro tipo de violencia que constituya delito perseguible de oficio o cuando existan indicios de aborto criminal, esta obligado a poner el hecho en conocimiento de autoridad competente". En el análisis jurídico de este artículo, Erika García³²⁶ señala que "no sólo resulta inconstitucional, porque contravienen principios jurídicos que preservan la relación médico-paciente y el derecho de los y las usuarias, tales como el secreto médico y la confidencialidad, sino que además, su aplicación resulta poco efectiva, dado que los médicos y médicas no son los funcionarios más idóneos para aplicar este

³²⁶ (22) GARCÍA, Erika. *Médicos en conflicto entre la cura y la denuncia: Artículo 30°, Análisis de constitucionalidad de la Ley General de Salud sobre la obligación de médicos y médicas de denunciar*. Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos – PROMSEX. Lima. 2006.

tipo de medidas y el encargo que se le da resulta perjudicial al acto que si le corresponde hacer, deslegitimando la confianza que los y las usuarias les depositan y que resulta de suma importancia en el acto médico”.

11.8 La aplicación del artículo 30°, en un contexto donde es difícil de aceptar y entender las prácticas sexuales de los y las adolescentes y donde además han sido aparentemente proscritas por la confusa y contradictoria hipótesis normativa del artículo 173.3° del CP, en concordancia con el resto del ordenamiento constitucional y legal, acarrea un impacto (...) negativo en el sistema sanitario, pues (...) tendría que dejar de desarrollar intervenciones claves de salud pública que fortalezca la auto afirmación de los y las adolescentes, basada en el consentimiento y la decisión informada, sino que (...) hace del sistema sanitario un identificador eficaz de quienes escapan de la norma jurídica, confiriéndole atribuciones ajenas a su responsabilidad primordial.

11.9. La trágica interpretación de colocar la actividad sexual de los y las adolescentes menores de dieciocho (18) años al margen de la ley, también (...) [vuelve] ilegales las atenciones de salud sexual y reproductiva que no están orientadas a la abstinencia sexual, ampliando (...) las brechas de exclusión (...) [pues] la mayor proporción de contagio de VIH, se estaría produciendo en este grupo de edad, y son los y las adolescentes según datos de distintas ENDES, los que menor uso de anticonceptivos hacen, por lo tanto, es el grupo que en mayor proporción se enfrenta al embarazo no deseado y al aborto inseguro, y con ello a la mortalidad materna³²⁷.

11.11 El veintinueve de agosto del dos mil seis, en el noticiero 90 Segundos del canal 2-Frecuencia Latina, emitió la denuncia de una madre (...) que decía que su hija de diecisiete años que dio a luz a su bebe, en el Instituto Nacional Materno Perinatal (INMP, Ex Maternidad de Lima) iba a ser recluida en un centro de prevención y readaptación, por considerarse que había infringido el artículo 173.3° del CP, señalando (...) que esta medida se extendería al conjunto de hospitales y clínicas del país³²⁸ (...) se fueron conociendo más casos y luego se pudo observar al hospital atestado de adolescentes que estando (...) de alta, no podían salir, por que había de por medio una acusación de violación sexual.

11.12 La noticia de la retención, rápidamente se extendió entre la población adolescente. Ante la denuncia de la prensa y de la sociedad civil, el 29 de diciembre del 2006, el Ministerio de Salud envió una carta al INMP señalando que no habría ninguna razón para retenerla cuando la adolescente se encuentre en condición de alta médica³²⁹. Sin embargo, las retenciones se mantuvieron aunque fueron por más corto tiempo y en algunos hospitales como en el INMP, se hicieron ajustes administrativos para facilitar el alta de las adolescentes.

12. PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL

12.3. (...). *El grado de indeterminación será inadmisibles, (...), cuando (...) prohíbe que se haga algo en términos tan confusos que hombres de inteligencia normal tengan que averiguar su significado y difieran respecto a su contenido, viola lo más esencial del principio de legalidad”.*

12.4. La infausta redacción del artículo 173.3° del CP, tiene lugar al haberse consignado como comportamiento represivo, “el sólo acceso carnal” con una persona de catorce (14) y menos de

³²⁷ (23) NAGLE, Jennifer y CHÁVEZ, Susana. *De la protección a la amenaza: Consecuencias de una ley que ignora los derechos sexuales y derechos reproductivos de las y los adolescentes: El caso de la modificatoria del Código Penal, Ley N° 28704*. Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos PROMSEX. 2007.

³²⁸ (25) Carta de Susana Chávez. Grupo Coordinador de la Mesa de Vigilancia Ciudadana en Derechos Sexuales y Reproductivos, a la Doctora Luz Monge, Defensora Especializada en los Derechos de la Mujer, Defensoría del Pueblo, 05 de septiembre del 2006.

³²⁹ (26) Informe N° 1181-2006-OGAJ/MINSA.

dieciocho (18) años de edad³³⁰, sin la especificación de los medios distorsionadores de la manifestación de voluntad del sujeto pasivo, como la violencia, amenaza, engaño, la puesta en estado de inconsciencia o en la imposibilidad de resistir, produciendo evidente confusión en la asimilación del injusto pretendido por el legislador, entendido de una lectura superficial, como la indemnidad sexual o incapacidad de autodeterminación sexual, a pesar que las otras figuras penales como la violación sexual (170° del CP), seducción (175° del CP) y actos contra el pudor (176° del CP), contrariamente reconocen como objeto de protección la libertad sexual de los mismos destinatarios, ocasionando en la sociedad un alto grado de inseguridad jurídica sobre la comprensión de la conducta reprochable, cuya responsabilidad corresponde en primer término al legislador por aprobar una ley arbitraria, antitécnica y asistemática³³¹, pero también los mismos operadores jurídicos (abogados, fiscales y jueces), por la falta de creatividad interpretativa para encontrar el correcto significado y la justa aplicación de la norma penal *in examine*, en armonía con todo el ordenamiento constitucional y legal.

12.5. El **delito de violación sexual** (tipo base) (...) tipificado en el artículo 170° del Código Penal, modificado por Ley N° 28963 (24/01/2007), con el siguiente texto: “el que con violencia o grave amenaza, obliga a una persona a tener acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de ocho años”. El bien jurídico tutelado es la *libertad sexual* del sujeto pasivo compuesto por cualquier persona con capacidad de autodeterminarse sexualmente, empleándose la violencia o grave amenaza como medios deformadores de la voluntad.

12.6 El **delito de seducción**, (...) tipificado en el artículo 175° del Código Penal, modificado por Ley N° 28251 (08/06/2004), con el tenor siguiente: “el que, mediante engaño tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o introduce objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, a una persona de catorce años y menos de dieciocho años será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años”. El bien jurídico tutelado es la *libertad sexual* del sujeto pasivo compuesto por los y las adolescentes de catorce (14) y menos de dieciocho (18) años, consistente en el reconocimiento pleno de autodeterminación sexual para decidir el momento, la forma y la persona con quien tener acceso carnal, empleándose el engaño como medio deformador de la voluntad.

12.7 La norma que contiene el delito de seducción es válida y vigente, al haberse incorporado la circunstancia agravante del artículo 177° del CP, modificado por Ley N° 28704 (05/04/2006), con la siguiente redacción “en los casos de los artículos 170°, 171°, 174°, 175°, 176° y 176°-A, si los actos cometidos causan la muerte de la víctima o le producen lesión grave, y el agente pudo prever este resultado o si procedió con crueldad, la pena privativa de libertad será respectivamente no menor de veinte ni mayor de veinticinco años, ni menor de diez ni mayor de veinte años”. En consecuencia, resulta erróneo la postura (...) asumida en el Tema 4 del Pleno Jurisdiccional Distrital de Arequipa de septiembre del 2006, que acordó por mayoría que “se ha producido la derogación tácita (...) al haberse modificado el artículo 173° del mismo Código sustantivo al incluir en su inciso 3°, como víctima del delito de violación presunta a menores entre catorce (14) y menos de dieciocho (18) años de edad”.

³³⁰ (27) “En tiempos que la tendencia jurídica más bien es bajar la edad a los doce años como limite para la indemnidad sexual, en nuestra patria, con la ley en análisis, sin fundamento fáctico explicable y racional, se ha incrementado hasta los dieciocho años”. SALINAS SICCHA, Ramiro. *La Irracionalidad Legislativa en los Delitos Sexuales*. En: Actualidad Jurídica. N° 149. Gaceta Jurídica. Lima. Abril-2006, p. 17.

³³¹ (28) “El legislador ha expedido una ley temeraria y absurda que termina por aniquilar cualquier intento de racionalidad en la regulación de los delitos contra la libertad sexual”. CASTILLO ALVA, José Luis. *La Muerte de la Sexualidad en los Adolescentes. La Ley N° 28704 y la Irresponsabilidad del Legislador*. En: Actualidad Jurídica. N° 149. Gaceta Jurídica. Lima. Abril-2006, p. 14.

12.9 La Ley N° 28704 (05/04/2006), no ha derogado en forma expresa o tácita el *delito de seducción*, (...) artículo 175° (...), por el contrario, ha reafirmado su vigencia al incorporar la circunstancia agravante contenida en el artículo 177°. En cuanto a la negación de libertad sexual de los adolescentes de catorce (14) a menos de dieciocho (18) años, producto de la sola lectura literal del artículo 173.3°, constituye (...) un problema interpretativo, que debe salvarse mediante su concordancia práctica con la Constitución Política del Estado, el resto del ordenamiento legal y la doctrina nacional, que reconocen al unísono la libertad de autodeterminación sexual de los adolescentes mayores de catorce (14) años, como el bien jurídico protegido en los delitos sexuales.

12.10 El *delito de actos contra el pudor* (...) tipificado en el artículo 176°, modificado por Ley N° 28704 (05/04/2006), cuyo texto es el siguiente: "el que sin propósito de tener acceso carnal regulado por el artículo 170°, con violencia o grave amenaza, realiza sobre una persona u obliga a ésta a efectuar sobre sí misma o sobre tercero, tocamientos indebidos en sus partes íntimas o actos libidinosos contrarios al pudor, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años. La pena será no menor de cinco ni mayor de siete: 1) Si el agente se encuentra en las agravantes previstas en el artículo 170°, incisos 2°, 3° y 4°; 2) Si la víctima se hallare en los supuestos de los artículos 171° y 172°; 3) Si el agente tuviere la condición de docente, auxiliar u otra vinculación académica que le confiera autoridad sobre la víctima". El bien jurídico tutelado es la *libertad sexual* del sujeto pasivo compuesto por cualquier persona, con capacidad de autodeterminarse sexualmente, incluidos los y las adolescentes de catorce (14) y menos de dieciocho (18) años.

12.11 El *delito de actos contra el pudor en menores* (...) tipificado en el artículo 176°-A, modificado por Ley N° 28704 (05/04/2006), cuyo texto es el siguiente: "el que sin propósito de tener acceso carnal regulado en el artículo 170°, realiza sobre un menor de catorce años u obliga a éste a efectuar sobre sí mismo o tercero, tocamientos indebidos en sus partes íntimas o actos libidinosos contrarios al pudor, será reprimido con las siguientes penas privativas de la libertad: 1) Si la víctima tiene menos de siete años, con pena no menor de siete ni mayor de diez años; 2) Si la víctima tiene de siete a menos de diez años, con pena no menor de seis ni mayor de nueve años; 3) Si la víctima tiene de diez a menos de catorce años, con pena no menor de cinco ni mayor de ocho años. Si la víctima se encuentra en alguna de las condiciones previstas en el último párrafo del artículo 173° o el acto tiene un carácter degradante o produce grave daño en la salud física o mental de la víctima que el agente pudo prever, la pena será no menor de diez ni mayor de doce años de pena privativa de libertad". El bien jurídico tutelado es la *indemnidad sexual* del sujeto pasivo compuesto por los y las menores de catorce (14) años.

12.12 El aparente conflicto normativo sobre el bien jurídico protegido de los adolescentes entre catorce (14) y menos de dieciocho (18) años, tiene lugar en la diferenciación del tipo objetivo del delito de violación sexual de menor que protege la indemnidad sexual (art. 173° del CP), pero sólo de los y las menores de catorce (14) años, en relación a los delitos de seducción (art. 175° del CP) y actos contra el pudor (art. 176° del CP) que tutela la libertad sexual de los y las adolescente de catorce (14) y menos de dieciocho (18) años, ocasionando los siguientes resultados interpretativos:

En el plano normativo:

- Si afirmamos que los y las adolescente de catorce (14) y menos de dieciocho (18) años, no tienen libertad sexual, entonces quedarían derogados tácitamente los artículos 175° y 176° del Código Penal y los artículos 44°, 46° y 241° del Código Civil, que (...) les reconoce capacidad sexual, amén de transgredir los derechos fundamentales a la dignidad, libre desarrollo de la personalidad, intimidad personal, salud, igualdad ante la ley, libertad individual y legalidad penal garantizados por la Constitución Política del Estado, contrario sensu, la reafirmación del goce de su libertad sexual, tendría plena concordancia con el ordenamiento constitucional y legal.

En el plano fáctico:

- Si afirmamos que los y las adolescente de catorce (14) y menos de dieciocho (18) años, no tienen libertad sexual, entonces la relación sexual consentida (...) de un adolescente con otro adolescente (de 14 a 17 años) o con un adulto (18 a más), sería reprochable penalmente en el primer caso como infracción a la ley penal con competencia del Juzgado de Familia, y, en el segundo caso como delito ante el Juez Penal, castigado con pena de veinticinco años de cárcel; sin embargo, la misma conducta contrastada con la figura del delito de seducción (vigente), sería atípica, en tanto no concurra el engaño como elemento distorsionador de la declaración de voluntad del sujeto pasivo para el acceso carnal.

12.13 La tipología del catálogo de los delitos contra la libertad sexual, dentro del capítulo IX del Código Penal, sirve como marco de referencia, para analizar la infeliz redacción del delito de violación sexual de menor edad, tipificado en el artículo 173º del Código Penal, modificado por Ley N° 28704 (05/04/2006), con el tenor siguiente: "el que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por algunas de las dos primeras vías con un menor de edad, será reprimido con las siguientes penas privativas de libertad: 1) Si la víctima tiene menos de diez años de edad, la pena será de cadena perpetua; 2) Si la víctima tiene entre diez años de edad, y menos de catorce, la pena será no menor de treinta años, ni mayor de treinta y cinco; 3) *Si la víctima tiene entre catorce años de edad y menos de dieciocho, la pena será no menor de veinticinco ni mayor de treinta años.* Si el agente tuviere cualquier posición, cargo o vínculo familiar que le dé particular autoridad sobre la víctima o le impulse a depositar en él su confianza, la pena para los sucesos previstos en los incisos 2 y 3, será de cadena perpetua". El bien jurídico tutelado es la *indemnidad sexual* (...) [de] los menores de catorce (14) años, diferenciándose de la libertad sexual como el bien jurídico protegido de aquellos adolescentes entre catorce (14) y menos de dieciocho (18) años, por ser la **única y razonable interpretación** coherente con los derechos constitucionales a la dignidad, salud, libre desarrollo de la personalidad, igualdad ante la ley, libertad individual, intimidad personal, libertad individual y legalidad penal, así como con las demás figuras penales de violación sexual, seducción y actos contrarios al pudor.

12.20. El carácter fragmentario del Derecho Penal consiste en que no se puede (...) prohibir todas las conductas (...) sino las que revisten mayor entidad, ello supone descartar el reproche penal de aquellos actos propios de la vida íntima sexual de los y las adolescentes, intrascendentes a la esfera social, realizados en ejercicio de su libertad y autonomía sexual, sin más limitación que el elemental respeto al derecho de los demás. Para Felipe Villavicencio Terreros³³² "este principio "es una directriz político criminal, ya que determina en el legislador hasta que punto puede transformar determinados hechos punibles en infracciones o no hacerlo".

12.21. Para determinar la fragmentariedad de la selección penal, Muñoz Conde³³³ propone partir (...) Primero: "defendiendo al bien jurídico sólo contra aquellos ataques que impliquen una especial gravedad, existiendo además determinadas circunstancias y elementos subjetivos", por ello, la práctica de relaciones sexuales consentidas por los adolescentes, será irrelevante penalmente, salvo cuando su libertad de autodeterminarse sexualmente, sea coactada por medios como la violencia, la amenaza o el engaño del sujeto activo (...).

13. INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA

13.2. (...) Es así que a partir de los derechos constitucionales a la dignidad, libre desarrollo de la personalidad, salud, libertad individual, intimidad personal, igualdad ante la ley y legalidad penal,

³³² (34) VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal - Parte General*. Editora Jurídica Grijley. Lima. 2006, p. 94.

³³³ (35) MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARAN, Mercedes. *Derecho Penal. Parte General*. Quinta edición revisada y puesta al día. Tirant lo Blanch. Valencia. 2002, p. 80.

hemos concluido que los adolescentes de catorce (14) y menos de dieciocho (18) años tienen pleno ejercicio de su libertad o autodeterminación sexual. La interpretación sistemática asume dos formas: el método sistemático por ubicación de la norma y el método sistemático por comparación con otras normas.

13.4 El delito de violación sexual de los y las adolescentes de catorce (14) y menos de dieciocho (18) años (art. 173.3° del CP), se encuentra dentro del Libro II, Capítulo IX del Código Penal intitulado “Violación de la libertad sexual”; ergo, su interpretación debe mantener perfecta coherencia con los otros tipos penales del mismo sub grupo normativo como el delito de violación sexual (art. 170° del CP), el delito de violación de persona inconsciente (art. 171°), el delito de seducción (art. 175° del CP) y el delito de actos contra el pudor (art. 176° del CP), que reconocen a la libertad sexual, como el bien jurídico (...), la misma que sólo puede ser doblegada por el sujeto activo mediante la violencia, la grave amenaza, el engaño y la puesta en estado de inconsciencia o imposibilidad de resistir.

13.5 La edad de catorce (14) años en adelante como franja delimitadora entre la “indemnidad” y “libertad sexual”, entre la “exclusión” o “admisión” de la validez del consentimiento prestado para el acceso carnal (...), resulta razonable y prudente en contraste con los criterios étáreos legales previstos en la legislación comparada, para el reconocimiento de la capacidad de autodeterminación sexual de los adolescentes: el Código Penal Español en sus artículos 181° y 182° en trece años, el Código Penal Argentino en su artículo 119° en doce años de edad, el Código Penal Chileno en sus artículos 363° y 366° en doce años, el Código Penal de Colombia en su artículo 208° en catorce años.

13.7. El delito de violación sexual tipificado en el artículo 173.3° del CP, también debe mantener coherencia con el resto del ordenamiento extra penal, más precisamente, con el artículo 46° del Código Civil, que reconoce la capacidad de los adolescentes de dieciséis (16) años para contraer matrimonio, con el asentimiento de sus padres y dispensa judicial justificada, generándose entre los cónyuges diversos deberes como el de cohabitación previsto en el artículo 289°, entendido como el débito conyugal, es decir, la comunidad de vida entre marido y mujer que tiene como efecto natural las relaciones sexuales; situación extensiva al concubinato regulado por el artículo 326°.

13.8. Para cierto sector de la doctrina³³⁴, los adolescentes de dieciséis (16) años que tienen como pareja a una persona mayor de edad, sea en matrimonio o concubinato, no calificarían como sujetos activos del delito de violación sexual (...); debido a que el consentimiento del adolescente para la copula sexual con su cónyuge o concubino, tendrá plena eficacia (...), concurriendo la causal de justificación prevista en el artículo 20°, inciso 10) del Código Penal que establece “esta exento de responsabilidad penal el que actúa con el consentimiento válido del titular de un bien jurídico de libre disposición”. Sin embargo, (...) resulta una interpretación extremadamente restrictiva de la libre autodeterminación sexual sólo de los y las adolescentes de dieciséis (16) a menos de dieciocho (18) años que tienen la condición de cónyuge o concubino, dejando en “*desamparo doctrinal*” al conjunto mayoritario de la población juvenil desde los catorce (14) años, que generalmente mantienen relaciones sexuales sin que medie un vínculo jurídico permanente, sino simplemente una relación afectiva ocasional.

13.9. Nuestra posición parte de una *interpretación extensiva* del alcance de los artículos 44°, 46° y 241° del Código Civil respecto al reconocimiento del derecho a la libertad sexual de los adolescentes entre catorce (14) y menos de dieciocho (18) años, entendido básicamente como la autonomía de elección del tiempo, forma y persona con quien tener relaciones sexuales, por tratarse de un derecho humano connatural al libre desarrollo de la personalidad. Entonces, si un adolescente desde los dieciséis años puede casarse y desde los catorce (14) años, puede reconocer a sus hijos, ¿Puede

³³⁴ (37) VÁSQUEZ BOYER, Carlos. *El Matrimonio, el Concubinato, la Profesión y el Oficio como causa de Justificación en el Delito de Violación Sexual Presunta del Artículo 173 del CP*. En: *Dialogo con la Jurisprudencia* N° 105. Lima. 2007, pp. 189-198.

tener relaciones sexuales libremente?, ¿Tiene el adolescente derechos reproductivos? Indudablemente la respuesta (...) será afirmativa³³⁵. Por tanto, el derecho a la autodeterminación sexual de los y las jóvenes de catorce (14) y menos de dieciocho (18) años, implícito en la posibilidad de acceder al matrimonio y la paternidad, lógicamente conlleva a una interpretación extensiva de esta libertad sexual reconocida en el ámbito normativo civil, como el bien jurídico a ser tutelado en los delitos sexuales en el ámbito normativo penal.

13.10 En esta línea de pensamiento, Mayda Ramos Bellido³³⁶, responsable de la Adjuntía de la Niñez y Adolescencia de la Defensoría del Pueblo expresa: "nosotros pensamos que es lo correcto y adecuado de que se vuelva a establecer que de catorce (14) años para abajo existe la indemnidad sexual, mucho más si tenemos en cuenta que el Código Civil reconoce determinados capacidades a los y las adolescentes, por ejemplo, una adolescente de catorce (14) años puede reconocer a un hijo, a los dieciséis (16) años pueden casarse, pueden firmar contratos, entonces tienen una capacidad relativa, con mayor razón a partir de determinada edad ellos pueden asumir su responsabilidad sobre su sexualidad. Esto no es una puerta para que los violadores hagan lo que quieran".

14. INTERPRETACIÓN SOCIOLÓGICA

14.2. Para DEMUS³³⁷ "el problema radica en que en pleno siglo XXI, muchos adultos actúan como si los adolescentes no tuvieran relaciones sexuales (...), la realidad demuestra lo contrario ya que la adolescencia es una etapa de maduración emocional e intelectual que paralelamente con la maduración física genera un deseo por la independencia y libertad en todos sus ámbitos". Crítica que se condice con la realidad de nuestro país, pues conforme a un estudio realizado por el Instituto de Salud y Educación³³⁸: "2 de cada 10 adolescentes han iniciado su vida sexual a partir de los 15 años".

14.3. En opinión de Jennie Dador³³⁹, (...) del Movimiento Manuel Ramos "toda persona mayor de catorce (14) años es sujeto de derecho y tiene libertad de ejercer su sexualidad. (...) el sexo consentido entre adolescentes eso no tiene porque ser un delito. Entonces, bajo la intención de decir, vamos a proteger a los adolescentes (art. 173.3º del CP), en realidad lo que estamos haciendo es proscribir la posibilidad de que ellos tengan relaciones sexuales, cuando la realidad del país te esta diciendo otra cosa. En este país los adolescentes y las adolescentes tienen capacidad para todo menos para decidir el ejercicio de su sexualidad. O les damos capacidad o no les reconocemos esa capacidad, pero porque cuando tiene que ver con temas de ejercicio de la sexualidad los estamos tratando como algo más que animalitos. Ya no es el adolescente o el niño un objeto de protección, sino un sujeto que se le reconocen derechos progresivamente, entonces, estamos hablando de catorce años hacia arriba, no estamos hablando de once o doce".

³³⁵ (39) Posición compartida por Christian Hernández Alarcón en su artículo: *¿Son incapaces los menores de edad?*. En: <www.teleley.com/articulos/art_250607.pdf> [consulta: 25 de marzo del 2008].

³³⁶ (40) IDEELE RADIO: *Relaciones sexuales consentidas en menores: el debate esta abierto*. Transmitido el 04/06/2007 a las 10:00 am.

³³⁷ (42) DEMUS. *Lo que la sociedad niega ver y el Estado pretende solucionar: El ejercicio de la sexualidad adolescente*. En: <www.demus.org.pe/Menus/Alertas/alertaSexualidadAdolescente.asp> [consulta: 25 de marzo del 2008].

³³⁸ (43) El estudio se realizó en tres distritos de la ciudad de Lima: San Juan de Lurigancho, Jesús María y Pueblo Libre. En: *Representaciones sociales e itinerarios de salud sexual y reproductiva de adolescentes y jóvenes*. QUINTANA, Alicia, HIDALGO, Catalino, DOUROJEANNI. Lima. 2003.

³³⁹ (44) IDEELE RADIO: *Relaciones sexuales consentidas en menores: el debate esta abierto*. Transmitido el 04/06/2007 a las 10:00 am. En: <www.ideeleradio.org.pe/look/portal/article.tpl?IdLanguage=13&IdPublication=7&NrIssue=40&NrSec> [consulta: 25 de marzo del 2008].

14.4. La psicóloga María Raguz³⁴⁰ se refiere a la sexualidad de los adolescentes como un derecho humano, proponiendo una cultura sexual con autoestima, capacidad crítica, reflexión, cuando afirma: "No hay que temerle a la educación sexual integral. Eso no nos hará un estado libertino. La educación sexual no promueve la pedofilia, la homosexualidad o la promiscuidad (...). Es inmoral negarles ese derecho a los jóvenes. La educación sexual que enseñe a los jóvenes que el sexo con responsabilidad y en libertad, no tiene nada de malo. Los chicos y chicas que reciben información sobre la sexualidad desde pequeños o antes de haberse iniciado sexualmente, tienden a postergar su primera relación y cuando esta se da, es deseada, protegida y no violenta".

14.5. (...) Mario Pablo Rodríguez Hurtado³⁴¹ reflexiona (...) "¿Por qué los autores de esta ley se han atrevido a dar un paso tan sobre criminalizador y completamente injustificado? ¿Qué los motiva a considerar delito, actos completamente naturales y legítimos, como son las relaciones sexuales consentidas de los mayores de 14 años? ¿Por qué no se han detenido a evaluar los problemas que esta ley va a ocasionar fatigando más los recargados despachos fiscales y judiciales, y ahondando el hacinamiento y la desesperanza en los penales, debido al drama de los presos sin condena?. La única respuesta la encontramos (...) en la falta de una auténtica política criminal o política pública de afrontamiento de la delincuencia; sin ella, el legislador se enfanga en cambios normativos, irracionales y, además, draconianos, postergando una visión y salida socio económica, familiar, cultural y educativa del problema".

15. INTERPRETACIÓN HISTÓRICA

15.2. El Código Penal 1940, modificado por Decreto Ley N° 20583, en su artículo 201° estableció la edad de los sujetos pasivos del delito de seducción en catorce (14) años, bajo la consideración que la Ley N° 9181, modificatoria del artículo 87° del Código Civil había rebajado a catorce (14) años la edad de la mujer para contraer matrimonio, siendo necesario concordar la legislación civil con la penal en este aspecto, correspondiendo a los planes educacionales considerar una adecuada orientación sexual a los adolescentes.

15.3. El Código Penal de 1991, en la redacción original del artículo 173° -antes de su modificatoria por Ley N° 28704 del 05/04/2006- no había considerado como sujetos pasivos del delito de violación sexual de menores, (...) a los adolescentes de catorce (14) a menos de dieciocho (18) años, por considerar que el bien jurídico indemnidad o intangibilidad sexual, era propio para aquellos adolescentes y niños menores de catorce (14) años, quienes por su grado de inmadurez psicobiológico carecen de voluntad de comprender y captar la trascendencia del acto sexual, negándose validez jurídica a su consentimiento. Nótese la clara distinción con el bien jurídico libertad sexual de los y las adolescentes de catorce (14) años y menos de dieciocho (18) años, para consentir válidamente una relación sexual, salvo que medie engaño del sujeto activo como elemento distorsionador de la declaración de voluntad de aceptación de la copula sexual, como elemento configurativo del delito de seducción.

15.4. El artículo 170° del Código Penal, modificado por el artículo 1° de la Ley N° 28251 del 08/06/2004, consideró (...) como circunstancia agravante de pena, cuando la violación sexual estaba dirigida contra adolescentes entre catorce (14) y menos de dieciocho (18) años (inciso 4). Redacción que ratificaba el reconocimiento a la protección de su libertad sexual como el bien jurídico protegido por el tipo base, al exigir la concurrencia de los medios de violencia o amenaza para doblegar precisamente tal libertad, a efectos de obtener el acceso carnal reprochable; sin embargo, tal

³⁴⁰ (45) TORRES, Nilton. *La (mala) Educación Sexual*. En: Diario La República. Suplemento Dominical. Lima. 30 de marzo del 2008, pp. 20-22.

³⁴¹ (46) RODRÍGUEZ HURTADO, Mario Pablo. *El Nuevo Grito de Guerra del Torpe Legislador Draconiano: A la Cárcel por "Violador", aunque la "Víctima" haya Consentido Libremente la Relación Sexual*. En: <www.pj.gob.pe/noticias/nota_exportar.asp?codigo=3530> [consulta: 25 de marzo del 2008].

agravante fue excluida por el artículo 1º de la Ley 28704º del 05/04/2006 y el artículo 1º de la Ley Nº 28963 del 24/01/2007.

15.5. La Ley Nº 28704 del 05/04/2006, que modifica el artículo 173º del Código Penal, para incluir (...) a los adolescentes de catorce (14) a menos de dieciocho (18) años (inciso 3º), pretendiéndose vía la represión penal coactar su libertad de autodeterminación sexual para decidir como, cuando y con quien tener acceso carnal, negando eficacia jurídica al consentimiento, en una (mala) suerte de equiparación a la especial situación psicobiológica de los menores de catorce (14) años. Esta nueva regulación penal que amplía arbitrariamente la franja de indemnidad sexual a toda persona menor de dieciocho años, constituye sin lugar a dudar el más craso error legislativo³⁴², que solo se justifica en el supuesto réditto político de cierto sector conservador de la sociedad, como abanderados de una falsa y mojigata moralidad³⁴³.

15.6. La Cédula Parlamentaria Aprista (...), ha presentado el Proyecto de Ley Nº 207/2006-CR, con fecha catorce de septiembre del dos mil seis, con el objeto de modificar los artículos 170º y 173º del Código Penal (...), proponiendo la exclusión de los adolescentes de catorce (14) y menos de dieciocho (18) años de edad como sujetos pasivos del delitos de violación sexual presunta previsto en la redacción actual del artículo 173º, inciso 3º del Código Penal, modificado por Ley Nº 28701, fundamentando que se puede llegar al exceso de sancionar penalmente a una persona que tiene dieciocho (18) años y que haya tenido actividad sexual con una menor de diecisiete años; además de resultar contradictorio penalizar la actividad sexual de los adolescentes, cuando los menores de dieciséis (16) años pueden contraer matrimonio conforme al artículo 241º, numeral 1) del Código Civil. El proyecto de ley tuvo dictamen favorable por unanimidad en la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República³⁴⁴, aprobado por el pleno del Congreso el veintiuno de junio del dos mil siete, pero fue observado por el Poder Ejecutivo³⁴⁵, encontrándose a la fecha encarpeta por desidia política.

16. DESVINCULACIÓN DE LA CONSULTA Nº 2224-2007-AREQUIPA

16.1. La Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema (...), mediante resolución de fecha veinte de noviembre del dos mil siete, en el expediente signado como Consulta Nº 2224-2007-

³⁴² (48) "A esta clase de legislador poco le interesa la bomba de tiempo que deja, pues siente que su torpe severidad coincide con el reclamo *popular* y que su gesto convertido en ley mejorará, aunque, no mucho, el desprestigio acumulado por su pésima gestión". RODRÍGUEZ HURTADO, Mario Pablo. *El Nuevo Grito de Guerra del Torpe Legislador Draconiano: A la Cárcel por "Violador", aunque la "Víctima" haya Consentido Libremente la Relación Sexual*.

³⁴³ (49) "El afán criminalizador del legislador influenciado por los grupos mediáticos de presión de la sociedad, ha significado un adelantamiento injustificado e ilegítimo de las barreras de intervención del Derecho Penal, vulnerando las bases democráticas que orientan la estructura hermenéutica y teleológica del bien jurídico, que socavan la libertad como piedra angular del ser humano. A partir de esta orientación punitivista, comportamientos socialmente adecuados serán objeto de una represión irracional e indiscriminada, con el consiguiente desgaste del Derecho Penal. Con todo, se vulneran los principios de lesividad, de libertad y de igualdad". PEÑA CABRERA FREYRE, Raúl Alfonso. *Delitos contra la Libertad e Intangibilidad Sexual. Un Estudio Jurídico, desde una Perspectiva Penal, Procesal y Criminológica*. Idemsa. Lima. 2007, pp. 191-192.

³⁴⁴ (50) Para el congresista Raúl Castro, Presidente de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos "con la anterior ley, si una pareja de jóvenes tiene una relación sexual consentida y el padre de alguno denuncia violación, el acusado puede ser condenado a 25 años de prisión. Tal como esta la ley, la mitad de los jóvenes del Perú podrían ser condenados". En: Diario La República del 22/06/2007.

³⁴⁵ (51) "Debemos preguntar a los padres de familia si están de acuerdo que sus hijas de 14 a 18 años estén expuestas al acoso sexual de hombres mayores" (Dra. Rosa María Vargas - Presidenta de la Comisión de la Mujer). "Es una puerta abierta para muchos casos de violación" (Dra. Virginia Borra - ex Ministra de la Mujer y Desarrollo Social). "Soy padre de cuatro hijas y no creo que a los 14 años -los menores- estén en condiciones de dar un consentimiento" (Dr. Alan García Pérez - Presidente de la República).

Arequipa, **APROBÓ** la resolución expedida por la Segunda Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, de fecha veintiocho de mayo del dos mil siete (...), en el Expediente N° 2006-2156, que declaró **INAPLICABLE** el artículo 173°, inciso 3° del Código Penal, modificado por la Ley N° 28704, por colisionar con los artículos 2°, inciso 1°, 2°, inciso 24°, apartado a) y 2°, inciso 24°, apartado d) de la Constitución Política del Estado, por consiguiente, FUNDADA DE OFICIO la excepción de naturaleza de acción, disponiéndose el archivo definitivo del proceso (...) por el delito de violación sexual, en agravio de la menor de iniciales E.S.Z.Y (15 años). La resolución de la Sala Penal de Arequipa constituye un hito importante (...) sobre la cuestionada violación sexual presunta de la redacción actual del artículo 173.3° del CP, con la premisa del pleno reconocimiento de la libertad sexual de los y las adolescentes de catorce (14) y menos de dieciocho (18) años de edad y la exclusión de todo reproche penal cuando media consentimiento.

16.3. Nuestra posición es concordante en parte por el fondo y discrepante por la forma con la Sala de Derecho Constitucional y Social mediante Consulta N° 2224-2007-Arequipa, suscribimos los (...) argumentos de análisis interpretativo del artículo 173.3° del CP, (...), pero discrepamos de la solución indirecta vía control difuso previsto en el artículo 14° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que significa inaplicar la norma penal *in examine* para resolver el caso, esto porque el principio de *ultima ratio* de la declaración de inconstitucionalidad y el principio de *conservación de la ley* desarrollados por el Tribunal Constitucional, (...) ha establecido la excepcionalidad del control difuso, sólo cuando sea imposible una interpretación congruente con el ordenamiento constitucional y legal; sin embargo, el juez *a quo*, ha buscado, encontrado y transitado por el camino más riguroso de la solución directa del caso, mediante la utilización de los diversos métodos de interpretación de la norma penal aplicable³⁴⁶, con miras a determinar la *ratio legis* más razonable, justa y respetuosa del sistema jurídico.

17. DESVINCULACIÓN DEL ACUERDO PLENARIO N° 7-2007/CJ-116

17.1. Los señores Vocales integrantes de las Salas Penales Permanentes y Transitorias de la Corte Suprema (...), de conformidad con el artículo 116° de la Ley Orgánica del Poder Judicial acordaron por unanimidad establecer como doctrina legal vinculante (...) en el Acuerdo Plenario N° 7-2007/CJ-116, respecto a la interpretación del artículo 173.3° del CP, modificado por Ley N° 28704 en el sentido que: cuando la relación sexual es voluntaria y el sujeto pasivo tiene entre dieciséis (16) y dieciocho (18) años de edad, es aplicable el artículo 20°, inciso 10° –que regula la institución del consentimiento– puesto que tiene libre disposición de su libertad sexual. Pero si la relación sexual es voluntaria y el sujeto pasivo tiene entre catorce (14) y quince (15) años de edad, se aplicará una pena acorde con lo previsto en los artículos 175° y 179°-A.

17.2. El Acuerdo Plenario establece como criterio para descalificar un elemento constitutivo del delito de violación sexual presunta, previsto en el artículo 173.3° del CP, la edad concreta del sujeto pasivo entre dieciséis (16) y diecisiete (17) años de edad; en tal caso, el sujeto activo que tiene relaciones sexuales con el sujeto pasivo en los parámetros etéreos anotados, en *prima face* encuadrará su conducta en el tipo penal *in examine*, será típica, pero no concurrirá el segundo elemento de antijuridicidad del delito, dado que el mismo acto, encuentra permisión en el resto del ordenamiento jurídico, más precisamente en el reconocimiento del derecho a contraer matrimonio de los adolescentes de dieciséis (16) años, previsto en los artículos 44°, 46° y 241° del Código Civil, por tanto, la copula sexual con el consentimiento del sujeto pasivo, será reconocido como el simple

³⁴⁶ (52) La vía de aplicación e interpretación correcta del art. 173.3° del CP, también ha sido el método de trabajo empleado por el doctor Constante Carlos Aválos Rodríguez, Fiscal Provincial de la Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Trujillo, para disponer no formalizar investigación preparatoria en un caso similar de relaciones sexuales consentidas con una adolescente de 14 y menos de 18 años. En: Carpeta Fiscal N° 2965-2007, Disposición N° 02 de fecha 16 de octubre del 2007.

ejercicio de su libertad sexual, diluyéndose el injusto, por concurrir la causal de justificación prescrita en el artículo 20º, inciso 10º del Código Penal.

17.3. Lo preocupante y discrepante, es que mantiene como delito, las relaciones sexuales consentidas de los adolescentes de catorce (14) y 15 años de edad, invocando para estos el *principio de proporcionalidad o prohibición en exceso*, reconocido en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal, a efectos de atenuar la pena hasta los límites considerados para los delitos tipificados en los artículos 175º y 179º-A del Código acotado, que tratan de conductas semejantes, en las que incluso media el engaño y la prestación económica como determinantes de la práctica sexual antijurídica, debiendo considerarse, según sus propias particularidades, factores complementarios de atenuación como son los siguientes: a) Que la diferencia etárea entre los sujetos activo y pasivo no sea excesiva; b) Que existe entre los sujetos activo y pasivo un vínculo sentimental carente de impedimentos o tolerado socialmente; y c) Que las costumbres y percepción cultural de los sujetos postule la realización de prácticas sexuales o de convivencia a temprana.

17.4. Llama la atención la (...) contradicción interpretativa entre los (...) órganos jurisdiccionales del Poder Judicial, quienes tienen la (...) responsabilidad de uniformizar la jurisprudencia nacional y (...) brindar predictibilidad a la ciudadanía, en la solución de los conflictos jurídico penales, es así, que mientras el Acuerdo Plenario N° 7-2007/CJ-116 de (...) las Salas Penales Permanentes y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia, de fecha dieciséis de noviembre del dos mil siete, establece como doctrina legal vinculante que las relaciones sexuales consentidas con los y las adolescentes de catorce (14) y quince (15) años de edad constituye delito de violación sexual presunta previsto en el artículo 173.3º del CP; por otro lado, Sala de Derecho Constitucional y Social de la misma Corte Suprema (...), mediante Consulta N° 2224-2007-Arequipa de fecha veinte de noviembre del dos mil siete (06 días después), en un caso concreto de relaciones sexuales consentidas de una adolescente de quince (15) años, declara inaplicable el artículo 173.3º del CP, por colisionar con los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad y al principio de legalidad.

17.5. Nuestra discrepancia y desvinculación del Acuerdo Plenario se centra en *el fondo, pero coincidimos en la forma de solución directa*, en el sentido que de los diversos sentidos interpretativos del artículo 173.3º del CP, es posible concluir que las relaciones sexuales consentidas de los y las adolescentes de catorce (14) y menos de dieciocho (18) años de edad son atípicas, alejándonos de la discriminación etárea del Acuerdo Plenario que califica como delito, con penalidad atenuada, la práctica sexual de quienes tienen catorce (14) y quince (15) años, por extensión arbitraria de la indemnidad sexual; así mismo, creemos innecesario invocar el consentimiento de aquellos entre dieciséis (16) y diecisiete (17) años, como causa de justificación para excluir la antijuridicidad de la conducta, dado que, producto de una interpretación conforme a la Constitución, simplemente estamos ante un comportamiento atípico.

18. CAUSAL DE SOBRESEIMIENTO

18.1. La señora Fiscal (...), actuando con criterio de objetividad como lo prevé el artículo IV del Título Preliminar del CPP, ha peticionado el sobreseimiento del proceso (...), por lo que, habiéndose procedido a su análisis jurisdiccional (...), deberá procederse al sobreseimiento dada la interpretación del artículo 173.3º del CP, conforme a la Constitución Política y al resto del ordenamiento penal y civil que (...) nos permite concluir que las relaciones sexuales consentidas de los y las adolescentes de catorce (14) y menos de dieciocho (18) años de edad constituyen un comportamiento atípico, como (...) acontece en el caso de autos, materializado en la copula sexual reiterada y voluntaria entre la menor agraviada (15 años) con el imputado (21 años), consecuente de una relación sentimental de enamorados, de público conocimiento en el círculo familiar y amical de ambos, configurándose la causal (...) [del] artículo 344º, numeral 2º, inciso b) del CPP, que autoriza el sobreseimiento (...) cuando el hecho objeto de la causa no es típico.

18.2. (...) deberá rechazarse la otra causal de sobreseimiento invocada por el Ministerio Público, consistente en que no existe razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos datos a la investigación y no hay elementos de convicción suficientes para solicitar fundadamente el enjuiciamiento del imputado, como lo prescribe el artículo 344º, numeral 2º, inciso d) del CPP, por ser (...) contradictoria con la casual de atipicidad amparada por el juez *a quo*. En la misma, forma se rechazará la vía del control difuso instada por la señora Fiscal (...), por las mismas consideraciones señaladas para la desvinculación de la Consulta N° 2224-2007-Arequipa.

19. INICIATIVA LEGISLATIVA

19.1. El artículo 21º de la Ley Orgánica del Poder Judicial prescribe que los magistrados por intermedio del Consejo ejecutivo del Poder Judicial, dan cuenta al Congreso de la República y al Ministerio de Justicia, de los vacíos y deficiencias legislativas que se encuentren en el ejercicio de sus funciones, así como de las contradicciones e incompatibilidades constitucionales, sin perjuicio de la iniciativa que sobre este propósito pueda sumir directamente el propio Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, o la Sala Plena de la Corte Suprema. En el primer caso, el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial da trámite al pedido del magistrado sin calificar su contenido, a menos que dicho Consejo o la Sala Plena de la Corte Suprema lo haga suyo con expresa mención del autor de la iniciativa.

19.2. El análisis del caso de autos, ha puesto en evidencia las contradicciones e incompatibilidades de la aplicación del artículo 173º, inciso 3º del Código Penal, en su formula actual modificada por Ley N° 28704, con la Constitución Política del Estado en su artículo 1º (dignidad), artículo 2º, inciso 1º (libre desarrollo de la personalidad), artículo 2º, inciso 2º (igualdad ante la ley), artículo 2º, inciso 7º (intimidad personal), artículo 2º, inciso 24º, literal "a" (libertad individual), artículo 7º (la salud), artículo 2º, inciso 24º, literal "d" (legalidad penal). Así mismo con el Código Penal en su artículo 170º (violación sexual), artículo 175º (seducción) y artículo 176º (actos contra el pudor). Finalmente con el Código Civil en sus artículos 44º, 46º y 241º (derechos reproductivos, matrimoniales y filiales).

19.3. (...) conforme (...) [al] artículo 21º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, deberá remitirse copia certificada de la presente resolución –una vez consentida o ejecutoriada- al Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, para que, -de ser conveniente-, proceda a informar al Congreso de la República, el imperativo de derogar (...) el inciso 3º del artículo 173º del Código Penal (...).

Por éstas consideraciones, en uso de las atribuciones que me confiere los artículos 138º y 139º, inciso 1º de la Constitución Política del Estado, el artículo 1º de la Ley Orgánica del Poder Judicial y los artículos 29º y 348º del Código de Procesal Penal, impartiendo justicia a nombre de La Nación;

III. PARTE RESOLUTIVA:

FUNDADO el Requerimiento de **SOBRESEIMIENTO** peticionado por la (...) Fiscalía Provincial Penal (...) en el proceso seguido (...), por el delito de violación sexual de menor de edad, tipificado en el artículo 173º, inciso 3º del Código Penal, modificado por Ley N° 28704 (...).

Consentida o ejecutoriada la presente resolución, **SOBRESÉASE TOTALMENTE** el proceso. **LEVÁNTESE** las medidas correctivas de carácter personal y real dictadas contra el imputado y sus bienes y, **ANÚLENSE** los antecedentes judiciales y policiales derivadas del presente proceso. **ARCHÍVESE** el expediente (...). **DEVUELVA** la carpeta fiscal al representante del Ministerio Público encargado del caso. **REMÍTASE** copia certificada de la resolución al Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, con la debida nota de atención. **NOTIFÍQUESE** al Ministerio Público y demás sujetos procesales.

JURISPRUDENCIA
EXTRANJERA

§10. CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE COLOMBIA

Órgano: Juzgado Primero
Jurisdicción: Penal
Nº de Expediente: s/n
Nº de Resolución: s/n
Tipo de Resolución: Sentencia de Primera Instancia
Juez: José Bernardo Ortega Murillo
Delito: Acceso carnal con menor (art. 208º Cp)
Agravada: M.P.B. (12 años)
Procesado: C.M.C.
Fecha: 15 de agosto de 2002

Resumen: Relación sentimental, consentimiento, iniciativa de la menor, formación sexual, ausencia de antijuridicidad material, principio de lesividad, principio de necesidad, prohibición de exceso, proporcionalidad, absolución.

Sumilla: Está obligado (...) el juez a verificar la existencia del daño o peligro real, no conformándose con que la ley lo presuma, ya que las normas rectoras prevalecen sobre las demás, son la orientación del sistema penal e informan su interpretación (...). El principio de lesividad, prevalece (...) [sobre] la presunción que el menor de catorce años no está en condiciones de conocer las consecuencias del acto sexual y que por ello se vulnera los bienes jurídicos de la libertad, integridad y formación sexual. No puede ir el derecho en contravía de la realidad, (...) una de sus misiones es aplicar justicia material y no formal, (...) [lo] que sería vulnerado sino se adjudica justicia acorde con la realidad. Cree este juzgado que la solución que sugieren (...) el Fiscal como la Defensora no es (...) contraria a la ley, sino ajustada a ella y (...) respetuosa de los valores constitucionales, porque si se invoca (...) el Principio de lesividad, no se ve que tal contrariedad exista.

JUZGADO PRIMERO PENAL DEL CIRCUITO³⁴⁷

Apartadó, (Antioquia) agosto 15 de 2002

Acusado: C. M. C.

Titular del Bien Jurídico: M . P. B

Referencia: Sentencia de Primera Instancia

HECHOS

La señora K. M. C. R, residía con su hija M. P. B. C. de doce años en la vivienda de la familia de C. M. C., situada en uno de los barrios del municipio de Apartadó. Entre la joven M. y C. M comenzó a existir un interés sentimental que llevó a la menor a solicitar al joven que tuvieran relaciones erótico sexuales, cuando este se encontraba la tarde del 18 de diciembre de 2001 recostado en su habitación. C. M, luego de la insistencia de la niña M. aceptó y consumaron el acto sexual de manera voluntaria y consiente.

IDENTIDAD DEL ACUSADO (...) C. M. C

³⁴⁷ Texto íntegro tomado del Colegio de Jueces y Fiscales de Antioquia. "El Principio de lesividad prima sobre la presunción del artículo 208º del Código Penal Colombiano", disponible en: Jueces y fiscales, sección Jurídica, Jurisprudencia: http://www.juecesyfiscales.org/index.php?option=com_content&view=article&id=83:accesomenorde14lesividad&catid=12:jurisprudencia&Itemid=7

RESUMEN DE LA ACUSACIÓN Y ALEGATOS DE LOS SUJETOS PROCESALES

LA RESOLUCIÓN DE ACUSACIÓN

El Fiscal Delegado 117 ante los Jueces penales del Circuito, mediante Resolución del 15 de marzo de 2002, visible entre folios 41 y 43, acusa a C. M. C. por el delito de Acceso Carnal Abusivo con Menor de catorce años, consagrado en el Código penal, artículo 208º, de conformidad con las siguientes consideraciones:

Que la conducta del acusado se dirigió dolosamente a obtener el consentimiento de la menor en la práctica sexual, el que está viciado en razón de la edad, lo que hace que el acceso se convierta en abusivo, puesto que la niña no tiene *"aun la capacidad de comprender y asumir responsablemente su sexualidad"*.

Que este tipo de conductas se reprime exclusivamente por el abuso de la inferioridad o incapacidad que la ley presume en los menores de catorce años para la práctica sexual, que se refleja en el aprovechamiento del sujeto activo quien no tiene que utilizar la violencia para *"vencer la oposición que la menor no presenta, es decir que su víctima ha asentido en ello, como ocurre en este caso"*.

Que no basta la simple alegación de la ignorancia sobre la edad de la menor (...), no puede aceptarse que la persona mayor de edad se *"abandone a una credulidad pasiva"*, (...) debe esforzarse para conocer la edad y *"mostrar un ánimo acorde a los deberes de diligencia y control que las propias acciones explícita o implícitamente prescritas en la ley y que se consideran esenciales para la convivencia social"*.

Que está demostrado la existencia de la conducta típica, así como su responsabilidad, pues existe "prueba científica y testimonial, además que libremente el procesado ha admitido su ocurrencia y también su responsabilidad".

LA AUDIENCIA PÚBLICA

ARGUMENTOS DEL FISCAL

En diligencia de audiencia pública, el Fiscal (...) no fue el mismo que acusó, expone:

Afirma que los elementos del tipo penal se dan, tales como el acceso carnal, comprobado no sólo por el dictamen médico pericial, sino por las afirmaciones de M. P., menor de edad de acuerdo al certificado civil de nacimiento y la del propio acusado. No obstante sostiene que hay que analizar a fondo el elemento de la conducta punible antijuridicidad, para determinar si en este caso particular, se vulneró el bien jurídico tutelado, que es la libertad, integridad y formación sexual.

Sobre la libertad sexual crea la siguiente interrogante que propone sea estudiada por el juzgado: que si se presume por ley penal que los menores de catorce años, no tienen la capacidad para realizar relaciones erótico sexuales y que por ello se dice que cuando un adulto las tiene con ellos se da por establecido que está viciado su consentimiento y por ello se sanciona el comportamiento, cuáles son las razones que tiene el Código civil colombiano para autorizar a los menores de catorce años a contraer matrimonio, no viendo diferencia entre un acto sexual como el realizado por el acusado con M. P. y el ejecutado con un menor de catorce años luego de contraer matrimonio. Que entonces el vicio de consentimiento presumido en el menor de catorce años se subsana con el asentimiento dado por los padres del menor o por quien lo tenga a su cuidado, lo que considera ilógico puesto que quien va a tener las relaciones sexuales es el propio menor.

Que en el caso que nos ocupa fue la misma M. P. B. quien buscó a C. M y le insinuó que tuvieran relaciones erótico sexuales, logrando convencerlo; que no fue (...) el acusado quien tomara la iniciativa e insinuara a la niña que le aceptara tener ese tipo de contacto.

Aunque la persona acusada, dice, conociera que era indebido tener relaciones sexuales con un menor de catorce años, no sería posible sancionarlo cuando su comportamiento no ha causado daño al bien jurídico tutelado. Que la menor sostiene que tenía pleno conocimiento de las consecuencias de su acción y que por ello "*se cuidaba*", de acuerdo a los parámetros que le habían dado en la escuela; incluso reprocha a su madre porque nunca le habló de estos temas. Aduce el Fiscal que la niña aunque joven en edad cronológica, se observa que posee "*más conocimiento de la vida que incluso personas que tienen mayoría de edad (...)*".

Afirma que causa más trauma en la menor, que se sancione a C. M, porque esto le hará entrar en sentimientos de culpa, habida cuenta que por su comportamiento el acusado estaría privado de la libertad al purgar una sanción penal. Que **la formación Sexual de la joven no sufrió desmedro**, porque no se ha afectado su sexualidad, "*ni su cuerpo ni sus órganos genitales*".

Considera que no existe antijuridicidad de la conducta típica puesto que no se dio el daño al bien jurídico. Que si bien es cierto se puede hablar de una antijuridicidad formal, (...) que no se puede hacer lo propio con la material siendo el concepto de antijuridicidad la unión de ambos.

Se aparta de la Resolución de acusación y solicita se absuelva al acusado.

MANIFESTACIONES DEL ACUSADO

C. M. C. durante el interrogatorio (...) se mantuvo en la posición que ha venido sosteniendo desde su indagatoria, es decir, que M. P. entró a su habitación y le solicitó tuvieran relaciones erótico sexuales. No niega la realización de los actos sexuales (...) e incluso afirma que tuvo otro de la misma naturaleza, también por iniciativa de M. P.

Manifiesta que no tenía conocimiento que realizar actos erótico sexuales con una persona de la edad de M. P. B. fuera sancionado por la ley, siempre y cuando no fuera a través de la violencia.

ARGUMENTOS DE LA DEFENSA TÉCNICA

Solicita la abogada defensora que se absuelva a su defendido puesto que está probado (...) que fue la joven M. P. quien insinuó y rogó al acusado a que sostuvieran relaciones de tipo erótico sexual. Que es la misma menor quien en su testimonio sostiene (...) que fue ella quien toma la iniciativa para realizar dicha relación sexual.

Que la conducta realizada por su defendido no es antijurídica (...).

Sostiene que el comportamiento del acusado no ocasionó ningún daño luego no existe el elemento antijuridicidad, por lo que se debe absolver.

CONSIDERACIONES

Fiscal y defensora solicitan (...) se absuelva a C. M. C., toda vez que su conducta no es antijurídica puesto que no causó daño en el bien jurídico tutelado por la ley. Dan por sentado que el elemento tipicidad existe (...), puesto que se dan todos los elementos de la descripción típica contenida en el artículo 208° del Código penal.

El bien jurídico tutelado por la ley en los delitos sexuales, (...) son la libertad, integridad y formación sexual (...).

La libertad sexual es el derecho de la persona para disponer de su cuerpo, en lo erótico, como a bien tenga. Dado el respeto a la dignidad del hombre, es obvio que nadie, cualquiera que sea su raza, sexo, edad, condición social, económica o moral, pueda ser sometido sin su consentimiento a relación erótico sexual alguna. Si ello ocurriera, se tiene una ofensa a la libertad sexual, interés necesario a una ordenada convivencia humana.

Cuando se habla de integridad sexual se refiere al daño que se puede ocasionar a las personas de corta edad con el trato erótico sexual debido a las repercusiones sico fisiológicas en el desarrollo normal de su función sexual externa. En el caso del Código penal colombiano por ello se sanciona el acceso y el acto sexual con menor de catorce años, ya que presume que por su falta de capacidad sico fisiológica para ser sujeto perceptivo de las iniciaciones en la actividad sexual repercuten desfavorablemente en el normal desarrollo de su función sexual externa.

Dice la Corte Suprema de Justicia resolviendo en sala de casación un caso similar al que nos ocupa que:

"La antijuridicidad de la conducta surge, (...), de la violación a la prohibición que la ley establece a través de la norma, y del hecho de mantener relaciones sexuales con una persona que la ley supone incapaz de decidir libremente en esta materia, con compromiso de la situación de indemnidad de que se está amparado, siendo indiferente (...), que el sujeto pasivo hubiese consentido en el acto (...), o tenido alguna experiencia anterior en materia sexual". (...) (Sentencia del 26 de septiembre de 2000, radicado acta No. 164).

Dice la Corte Suprema, en esa misma providencia, que se trata de una presunción de derecho y que por tanto no admite prueba en contrario, veamos:

"(...) se presume (...) la incapacidad del menor de 14 años para determinarse y actuar libremente en el ejercicio de la sexualidad (...)"

"Esta presunción, (...) no admite, por tanto, prueba en contrario. (...) al juzgador no le es dado entrar a discutir la presunción de incapacidad para decidir y actuar libremente en materia sexual, (...) pretextando idoneidad del sujeto para hacerlo, en razón de sus conocimientos o experiencias anteriores en materia sexual, ni apuntalar la ausencia de antijuridicidad de la conducta típica, al hecho de haber el menor prestado su consentimiento".

"Mucho menos le es permitido desconocer la presunción (...), a partir de consideraciones de contenido supuestamente político criminal, (...) con el fin de sostener que la edad que sirve de referente al legislador colombiano para suponer la inmadurez del menor, no se ajustan a lo que revela la verdad social y cultural del país, y que la ley presume algo que la misma realidad contradice". (...) .

La petición de absolución de la Fiscalía como de la defensa técnica está basada en la ausencia de antijuridicidad material, es decir, que no hubo daño al bien jurídico tutelado, con fundamento en que la menor fue la que insinuó al acusado tuvieron relación sexual y no al contrario y además que se observa que M. P. es una menor que demuestra una precocidad de tipo sexual.

Se apoyan Fiscal y defensora en las manifestaciones de la menor, quien sostiene que fue ella misma, sin que C. M la indujera, la que tomó la iniciativa para solicitar tuvieron relaciones erótico sexuales.

Veamos apartes de su declaración en ese sentido entre folios 14 y 16:

"(...) yo lo hice porque yo quería hacerlo, el no me obligó a nada, yo estoy enamorada y él también me quiere".

"(...) yo iba casi todos los días, yo iba a buscarlo estuviera o no (...)"

"(...) yo subí al segundo piso que era donde él vivía porque nosotros vivíamos abajo y me entré a la habitación de él que estaba allí subí a preguntarle un número telefónico, eso fue como a la una de la tarde, estábamos hablando y le dije yo quiero tener relaciones con un hombre, él me contestó eso no está bien para usted, yo seguí insistiendo entonces él de tanto insistirle estuvimos juntos (...)"

Cuando fue conducida al médico legista para el reconocimiento, le dijo al galeno lo siguiente, según consta en el dictamen pericial visible a folios 11:

"Yo estaba con mi novio y me dio mucho miedo de que me fueran a encontrar entonces me tiré del segundo piso".

La madre de la niña también dice que ella le manifestó lo propio (...):

"(...) ella no quiere decirme nada, niega todo, ella dice que el no le hizo nada, ella lo defiende (...)"

"Pues yo creo entender que ella está interesada en él por la forma como lo, protege, inclusive ayer en la tarde cuando íbamos de aquí para la casa se me rebeló en el comando que tenía que entrar a verlo y conversar con él (...)"

Confirma las anteriores declaraciones lo que dice el acusado desde la diligencia de indagatoria, (fls. 21), hasta la declaración en la audiencia pública, observemos:

"Ella fue por la mañana, (...) volvió como a la una de la tarde, ahí fue donde tuvimos relaciones sexuales".

"ella lo hacía voluntariamente".

"Yo estaba en la cama, pasando un guayabo estaba tomando el día anterior y ella me dijo que quería estar conmigo y hai (sic) sucedió lo que tenía que suceder".

El derecho penal contemporáneo exige para sancionar penalmente (...) que cause un "*daño o riesgo efectivo*" al "*bien jurídico*" tutelado; es lo que la doctrina ha llamado el "*principio de lesividad*", de lo contrario, es decir, si la conducta no tiene la potencialidad suficiente, para al menos, poner en riesgo efectivamente el bien jurídico, no puede sancionarse penalmente.

Es lo que se denomina la antijuridicidad material, que significa que la lesión sea significativa y seria, pues si las lesiones no son relevantes, son ínfimas o insignificantes, el delito inexistente, lo mismo cuando no se presenta lesión o peligro de lesión.

Sin lugar a dudas, el legislador colombiano quiso ponerse a tono –al agregar al artículo 11º del nuevo Código penal la expresión "*efectivamente*" –con las nuevas corrientes del derecho penal, especialmente con el "*garantismo*", (...) predica los principios de "*utilidad penal*", "*principio de necesidad o de economía de las prohibiciones penales*" y "*principio de lesividad*" o de la "*naturaleza lesiva del resultado*" y de contera exigir como requisito del juicio de antijuridicidad, la demostración de la real existencia del daño al bien jurídico o la potencialidad "efectiva" de causarlo.

Al respecto afirma Luigi Ferrajoli:

"El principio de "*utilidad penal*", (...) es idóneo para justificar la limitación de la esfera de las prohibiciones penales-en coherencia con la función preventiva de la pena como *precautio laesionum* –sólo a las acciones reprobables por "*sus efectos*" lesivos para terceros. La ley

penal tiene el deber de prevenir los mas graves costes individuales y sociales representados por estos efectos lesivos y solo ellos pueden justificar el coste de las penas y prohibiciones. (...). (Derecho y Razón, Trotta, 1997, p. 464).

Sobre el "*principio de lesividad*" afirma: (...)

"(...) impone a la ciencia y a la práctica jurídica (...) la carga de tal demostración. La necesaria lesividad del resultado, (...), condiciona toda justificación utilitarista del derecho penal como instrumento de tutela y constituye su principal límite axiológico externo".

(...) Concluyendo:

"(...) es idóneo para vincular al legislador a la máxima Kantiana, (...), según la cual la (única) tarea del derecho es la de hacer compatibles entre sí las libertades de cada uno. En esta línea, el art. 4º de la Declaración de Derechos de 1789 establece que la libertad "*consiste en poder hacer todo lo que no perjudica a los demás; de este modo la existencia de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que aquellos que aseguran a los demás miembros de la sociedad el disfrute de esos mismos derechos.* (...). Históricamente, por lo demás, este principio ha jugado un papel esencial en la definición del moderno Estado de Derecho y en la elaboración (...), de un derecho penal mínimo, (...)." (Ob. citada, p. 467).

El propio exfiscal General de la Nación, Alfonso Gómez Méndez, en el proyecto de Ley número 40º de 1998, "por el cual se expide el Código penal", (...) dijo sobre la norma que se refería a la antijuridicidad de la conducta, como uno de los elementos indispensables para ser punible, lo siguiente, haciendo claridad que en iguales términos fue finalmente aprobada e insertada en el art. 11º:

"Se mantiene la norma sobre antijuridicidad, no obstante, se resalta la necesidad de abandonar la llamada presunción "*iuris et de iure*" de peligro consagrada en algunos tipos penales. Se clarifica que el interés jurídico protegido, cuando toma relevancia penal, se designa como bien jurídico; con lo que se establece que necesariamente sobre el mismo debe recaer la afectación". (Revista de Derecho Penal, Leyer, Agosto-Septiembre de 1998, Número 8, p. 239).

Enseña Juan Fernández Carrasquilla lo siguiente, al tratar el tema de la antijuridicidad y específicamente con relación al daño:

"Por daño ha de entenderse aquí, si no quiere privarse al principio de su alcance impeditivo de la punibilidad para los hechos inocuos, la pérdida o disminución de un bien jurídico (daño real), o al menos la creación de un riesgo innecesario e indebido (daño potencial o peligro). Si el concepto se limita al daño público propio de todo delito, desvinculándolo de su relación con bienes jurídicos concretos contra los cuales atenta, se difumina lo que el principio quiere precaver y garantizar. El daño público se produce por la afectación del bien jurídico, no por otras causas, pero es claro que tal bien puede ser individual, social, o estatal, a condición de que no sea tan etéreo que se reduzca a una denominación más o menos rimbombante y demagógica. El bien jurídico no es un nombre, sino un fenómeno real de la vida socio-jurídica". (Cursivas nuestras. Derecho Penal Fundamental, Temis, 1982, p. 358).

El mismo autor es citado por Carlos Arturo Gómez Pavajeau, en los siguientes términos:

"El Derecho penal está regido, (...) por el "*principio regulador de la insignificancia*" (Roxin), o, dicho al revés, por el criterio rector de la relevancia social de las conductas que reprime, de los bienes que tutela y de los valores que impone, de suerte que no se expide para sancionar beneficios, inocuidades ni bagatelas. Un tal principio –citando a Roxin– "permite en la mayoría de los tipos excluir desde un principio daños de poca importancia", que como tales (al igual que

la ausencia de daño) no sobrepasan el umbral de la criminalidad". *Principio de la Antijuridicidad Material*, Edición de la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Imprenta Nacional, 1991, p. 73.)

La Corte Constitucional, sobre el principio de la antijuridicidad dice lo siguiente en **Sentencia C – 118** de 1996:

"(...) el principio de antijuridicidad (...) tiene su corolario constitucional en el Principio de proporcionalidad o "*prohibición de exceso*", deducido jurisprudencialmente de los artículos 1º (Estado Social de Derecho, Principio de dignidad humana), 2º (Principio de efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución), 5º (reconocimiento de los derechos inalienables de la persona), 6º (responsabilidad por extralimitación de las funciones públicas), 11º (prohibición de la pena de muerte), 12º (prohibición de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes), 13º (principio de igualdad) y 214º de la Constitución (proporcionalidad de las medidas excepcionales).

"El Estado Social de Derecho, (...) sustrae del amplio margen de libertad legislativa para la configuración del ordenamiento penal, la facultad de fijar cualquier pena con independencia de la gravedad del hecho punible y su incidencia sobre los bienes jurídicos tutelados. El Constituyente erigió los derechos fundamentales en límites sustantivos del poder punitivo del Estado, racionalizando su ejercicio. Sólo la utilización medida, justa y ponderada de la coerción estatal, destinada a proteger los derechos y libertades, es compatible con los valores y fines del ordenamiento".(...) (C-591 de 1993)".

Ya había dicho en sentencia C-070 de 1996, lo siguiente:

"El principio de lesividad o de antijuridicidad material ha sido acuñado por la doctrina jurídico penal y recogido en la legislación como uno de los elementos necesarios del delito (Código penal, art. 4º). Este principio (...) no ha sido expresamente consagrado en la Constitución Política, lo cual no quiere decir que carezca de relevancia constitucional (...) las autoridades están instituidas para proteger la vida, honra, bienes y demás derechos y libertades de las personas residentes en Colombia (CP art. 2º), pero que, en materia de ejercicio del *ius puniendi* del Estado, esta protección no puede conllevar una restricción injustificada de los derechos fundamentales, como podría suceder, por ejemplo, cuando, a pesar de la reducida importancia de un bien, se limita irrazonablemente la libertad personal del infractor".

"El cambio político de un Estado Liberal de derecho, (...) a un Estado Social de derecho (...), presupone la renuncia a teorías absolutas de la autonomía legislativa en materia de política criminal. La estricta protección de los bienes jurídicos y los derechos inalienables de la persona (CP art. 5º), tornan la dignidad e integridad del infractor penal en límite de la autodefensa social. (...). Sólo el uso proporcionado del poder punitivo del Estado, esto es acorde con el marco de derechos y libertades constitucionales, garantiza la vigencia de un orden social justo, fundado en la dignidad y la solidaridad humanas". (...). Sólo la protección de bienes jurídicos realmente amenazados justifica la restricción de otros derechos y libertades, cuya protección igualmente ordena la Constitución. Por otra parte, la aplicación de la pena consagrada en la ley debe hacerse de acuerdo con el grado de culpabilidad del sujeto. El juicio de proporcionalidad es, por lo tanto, necesariamente individual y el castigo impuesto debe guardar simetría con el comportamiento y la culpabilidad del sujeto al que se imputa (C-591 de 1993)". (...)

Como se desprende de la declaración de la menor, de su madre, del dictamen médico pericial y del propio acusado, los bienes jurídicos tutelados de la libertad, integridad y formación sexual no fueron afectados por la conducta de C. M. C.. Fue la propia menor quien solicitó al acusado que tuvieran relaciones erótico sexuales, sin que este le hubiese insinuado. Es la misma joven quien afirma que tenía conocimiento de las consecuencias de su acción y que por ello se "*cuidaba*". Que en la escuela la profesora la tenía suficientemente informada sobre los aspectos sexuales. Su actitud en la audiencia pública, (...), sin mostrar ningún desagrado para con el acusado, por el contrario, un

desasosiego por lo que pudiese resultar de la misma, indican que M. P., a pesar de su edad, tenía conciencia plena de sus actos, que tiene un sentimiento afectivo hacia el acusado y que no sufrió afectación alguna con el contacto sexual que tuvieron.

No obstante la Corte Suprema de justicia afirme que el art. 208° consagra una presunción de derecho y que no le es dado al juez inaplicar la disposición legal, porque está obligado a obedecer el imperio de la ley, pensamos que frente a una norma rectora es imperativo la aplicación de ésta de manera prevalente.

El principio de lesividad, obliga a analizar si la conducta típica causó o no daño efectivo al bien jurídico tutelado a fin de establecer si es antijurídica, porque de lo contrario no puede ejercerse el respectivo juicio de reproche que aparece como consecuencia la sanción penal. Así lo reconoce Corte Constitucional en las sentencias cuyos apartes transcribimos anteriormente.

Prescribe el artículo 11° del Código penal, lo siguiente:

“Para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal”.

La expresión efectivamente es sinónimo de real, verdadero, cierto, seguro y es lo contrario de imaginario, ilusorio, incierto, endeble inconsistente que son características de la presunción, cuyos equivalentes son: supuesto, probable, presumible e hipotético, entre otros.

(...)

Está obligado entonces el juez a verificar la existencia del daño o peligro real, no conformándose con que la ley lo presuma, ya que las normas rectoras prevalecen sobre las demás, son la orientación del sistema penal e informan su interpretación, como lo prescribe de manera perentoria el canon 13° del estatuto penal.

El principio de lesividad, prevalece- en los eventos como el que nos ocupa- sobre el art. 208° que consagra la presunción que el menor de catorce años no está en condiciones de conocer las consecuencias del acto sexual y que por ello se vulnera los bienes jurídicos de la libertad, integridad y formación sexual.

No puede ir el derecho en contravía de la realidad, pues una de sus misiones es aplicar justicia material y no formal, a fin de respetar el valor fundamental del Estado social y democrático de derecho como es la dignidad humana, que sería vulnerado sino se adjudica justicia acorde con la realidad.

Cree este juzgado que la solución que sugieren a este caso tanto el Fiscal como la Defensora no es una llamada a dictar una providencia contraria a la ley, sino ajustada a ella y lo que es más importante aún, respetuosa de los valores constitucionales, porque si se invoca una norma rectora como la que contiene el Principio de lesividad, no se ve que tal contrariedad exista. El derecho penal cumple fundamentalmente una finalidad de protección de derechos fundamentales de los asociados y para ello se crea la norma penal que contiene las acciones consideradas dañosas para los bienes jurídicos, con el propósito de dar un mensaje a los ciudadanos que deben respetar tales derechos so pena de aplicárseles la sanción correspondiente (Principio de la prevención general). De igual manera, protege derechos fundamentales de su eventual vulneración, cuando a la persona condenada por un ilícito se le aplica la sanción privativa de la libertad, porque con ello se impide que siga atentando contra los bienes jurídicos, (Principio de la prevención especial), y además queda ante la posibilidad de la reinserción social.

Pero al cumplir esa función de protección de bienes jurídicos no le es permitido al derecho penal, sancionar conductas que no causen daño a bienes jurídicos o que el causado sea ínfimo, porque pierde su razón de ser y se convierte en un mecanismo de vulgar dominación del hombre para con sus semejantes, lo que se previene en los estados contemporáneos civilizados, especialmente aquellos que han optado por la forma democrática y social, donde el hombre deja de estar al servicio del Estado para convertirse este en servidor de aquel, proporcionándole todos los recursos necesarios para llevar una vida digna y respetuoso de sus derechos fundamentales. (...)

DECISIÓN

Es obvio que debe prevalecer en este caso, la norma rectora contenida en el artículo 11º del Código penal colombiano, de acuerdo al canon 13º del mismo estatuto; por ello se ratificará el estado de inocencia de C. M. C. al no haberse probado la antijuridicidad material de la conducta imputada, lo que al tenor del artículo 9º impide que se aplique sanción, por no ser punible.

Se ordenará la inmediata libertad de C. M. C.

Se ordenará cancelar toda restricción al derecho a la libre locomoción que se haya restringido en virtud de este proceso.

Sin necesidad de otras consideraciones, el Juzgado primero penal del Circuito de Apartadó, (Ant.), administrando justicia en el nombre de la República y por autoridad de la ley.

FALLA

Primero: Abstenerse de proferir sentencia condenatoria en contra de C. M. C. (...)

Segundo: Ordenar la libertad inmediata de C. M. C.

Tercero: Ordenar la cancelación de toda restricción al derecho a la libre locomoción del señor Castañeda, que tuviere vigente en razón de este proceso.

Cuarto: Esta providencia es susceptible del recurso de apelación, de conformidad con las disposiciones en la materia contenidas en el Código de procedimiento penal.

Cópiese, notifíquese y cúmplase

José Bernardo ORTEGA MURILLO - Juez
Luz Amanda RINCÓN SALINAS - Secretaria

§11. TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA ESPAÑOL

Id Cendoj: 28079120012004100663
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 2277/2003
Nº de Resolución: 4426/2004
Procedimiento: Recurso de casación
Ponente: Julián Artemio Sánchez Melgar
Tipo de Resolución: Sentencia
Agraviada: Francisca (16 años)
Procesado: Héctor (45 años)
Delito: Abusos sexuales en agravio de menor
Fecha: 24 de junio de 2004

Resumen Inexistencia de abuso sexual con prevalimiento, madurez suficiente para autodeterminarse

Sumilla: (...) los hechos pueden ser éticamente reprochables, pero quedan extramuros del derecho penal (...). No existe (...) abuso de superioridad, sino una relación sentimental entre una persona madura y otra muy joven, es cierto, pero capaz de autodeterminarse sexualmente, legal y psicológicamente (...) la diferencia de edad puede ser ordinariamente (...) un indicador de (...) un abuso por prevalimiento, pero no justifica automáticamente la aplicación del (...) Código penal. El Tribunal (...) ha calibrado el nivel de desarrollo sexual de la menor (...) y (...) sus parámetros de madurez para autodeterminarse en esta materia, de forma autónoma, y sin interferencias, y ha llegado a la conclusión de que (...) era "*madura para su edad*", (...) con un destacado nivel de conocimientos sexuales y una gran seguridad en sí misma (...), que estaba en condiciones de autodeterminarse sexualmente, como así aconteció con un chico de similar edad, y (...) con el acusado, aunque de una edad muy superior (...). Este aspecto fáctico (...), ha sido tomado en consideración (...) y es fruto de la (...) apreciación personal de la joven, de su personalidad, de los dictámenes periciales y de la declaración de los testigos que se practicaron en el plenario (...). La costumbre social nos muestra que las relaciones sexuales están plenamente consentidas a esa edad, cuando se trata de jóvenes con capacidad de autodeterminarse sexualmente (...) la "*capacidad para autodeterminarse en el ámbito sexual*" es la clave para valorar si concurre o no el prevalimiento (...).

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticuatro de Junio de dos mil cuatro.

En el recurso de casación por infracción de Ley (...), interpuesto (...) contra la Sentencia núm. 13/2003, del 8 de julio de 2003 de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de La Coruña, dictada en el Rollo de Sala núm. 119/2002 dimanante del Sumario núm. 2/2002 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 3 de Ferrol, seguido por delito de abusos sexuales (...).

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 3 de Ferrol instruyó Sumario (...) por delito de abusos sexuales contra Héctor y una vez concluso lo remitió a la Sección Tercera de la

Audiencia Provincial de La Coruña que con fecha 8 de julio de 2003 dictó Sentencia núm. 13/2003, que contiene los siguientes

HECHOS PROBADOS:

“Ha sido probado (...) que: El procesado Héctor de 45 años de edad en 1998, sin antecedentes penales, desempeñaba, durante el curso escolar 1997-1998 el cargo de profesor de Matemáticas en el segundo curso de Bachillerato Unificado Polivalente en el Instituto de Enseñanza Media “O Pazo” (...) Ordenación Universitaria de la Xunta de Galicia.

Una de sus alumnas era Francisca, que tenía 16 años de edad en aquella época, de la que además era su tutor académico, y a la que también había dado clase el año lectivo anterior, en el primer curso del mismo ciclo. Francisca era una estudiante brillante que descollaba sobre sus compañeros, extrovertida, de gran inteligencia, madura para su edad, con un destacado nivel de conocimientos sexuales (al menos en el aspecto teórico) y una gran seguridad en sí misma.

En el mes de mayo de 1998 Francisca le comunicó a su profesor de Ética, Valentín, (...), el enamoramiento que sentía por el procesado Héctor y su deseo de mantener una relación con él, no dándole aquél mayor importancia, (...) intentando convencerla para que se olvidase de tales ideas. Tal enamoramiento era conocido en el ambiente escolar, al menos entre el alumnado. Francisca, pese a los consejos de su profesor de Ética, decidió proseguir en su intención de lograr un acercamiento al procesado, buscando frecuentes contactos de tutoría con él, al que contaba todo tipo de cuestiones, incluso ajenas al ámbito académico, con problemas personales con su madre o sus amistades.

A finales del mes de mayo de 1998 Francisca, con el fin de librarse de una posible sanción escolar por la que iban a llamar a su madre, comentó a su tutor, el procesado Héctor, que había tenido un sueño erótico con él, interesándole éste reiteradamente, y a lo largo de varios días, en que se lo contase (sic). La menor finalmente accedió a escribirsele, actividad a la que era especialmente aficionada y en la que destacaba académicamente. El relato hacía referencia a una relación sexual, entre ella y su tutor, que se desarrollaba en el denominado despacho de tutoría.

En el mismo mes de mayo de 1998 se organizó una excursión escolar al río Sor. Al volver en el autobús, Héctor indicó a Francisca que se sentase a su lado, proponiéndole la realización de una sesión fotográfica, afición del procesado que era conocida por el alumnado, al haber impartido algún seminario de fotografía hacía tiempo, y porque fotografías suyas adornaban la dependencia de cafetería.

En ese mismo mes, la madre de Francisca como notase rara a su hija, decidió buscar entre sus pertenencias, encontrando una nota con un teléfono, que posteriormente comprobó que pertenecía al procesado Héctor, así como un relato erótico en el que una adolescente mantenía una relación con un hombre maduro. Ante estos hallazgos, tomó la decisión de cambiarla de centro escolar, al sospechar que podía existir algún tipo de relación entre el procesado y su hija. Esta resolución contrarió sobremanera a Francisca que a partir de ese momento adoptó una actitud hosca hacia su madre (...).

La atracción de Francisca sentía por el procesado Héctor, fue correspondido por éste, adquiriendo aquélla la condición de enchufada, la favorita del profesor, (...) la consolaba en sus enfrentamientos con su madre, o en problemas con sus amistades, estaban juntos en la cafetería del centro, y, en general, le prestaba una desmesurada atención.

Finalizado el período lectivo el día 5 de junio de 1998 como Francisca hubiese superado brillantemente todas las asignaturas, no tuvo que volver al Instituto para recibir clases de recuperaciones; quedando a la espera del acto formal de entrega de las calificaciones globales. No obstante, Héctor y Francisca siguieron manteniendo contactos telefónicos.(...)

El 30 de junio de 1998 Héctor quedó con Francisca para que fuese a la vivienda de aquel (...) para realizar la sesión de fotografías que le había prometido. Acordaron que se verían en la vecina población de Cabanas, donde la recogió con su coche Seat Ibiza (...). Ya en la morada del procesado, le enseñó una colección de fotografías de desnudos, totales o parciales, de diversas mujeres, que él había realizado (...). Posteriormente le dijo que se quitase la vestimenta, sacándole varias fotografías en ropa interior (...). Al acabar la sesión fotográfica Héctor y Francisca tuvieron relaciones sexuales completas (...). Posteriormente Héctor llevó a Francisca hasta Fene, saliendo por el garaje, y diciéndole que se agachara en el asiendo para no ser vista.

Como la madre de Francisca (...), mantuviese sus iniciales recelos, aprovechando su período vacacional, se fueron ambas todo el mes de julio de 1998 a Granada a casa de un familiar.

El 6 de agosto de 1998 previamente concertados Héctor recogió a Francisca en su vehículo (...), trasladándola a su domicilio, (...) con el fin de hacerle otra serie de fotografías, si bien esta vez desnuda. Al acabar mantuvieron relaciones sexuales con penetración vaginal, entre otras prácticas (...).

La madre de Francisca nuevamente en su deseo de apartarla tanto del Instituto aunque ya había cambiado la matrícula para el IES Sofía Casanova de El Ferrol, como de la población de Fene, mandó a su hija a una localidad de la provincia de León, donde también tenía familiares, desde el 14 al 29 de agosto de 1998.

Entre el 14 y el 18 de septiembre de 1998 de común acuerdo Héctor vuelve a llevar a Francisca a su casa, (...), donde le enseña en un ordenador diversas fotografías de ellas y de otras personas, para posteriormente volver a mantener relaciones sexuales completas (...). En la primera quincena del mes de octubre de 1998 Héctor y Francisca mantuvieron diversos encuentros (...).

Con posterioridad a esas fechas, Francisca empezó a salir con Lucio de edad similar a la suya con el que también mantuvo relaciones sexuales. Cuando Francisca se lo contó a Héctor, discutió con ella, exigiéndole que tenía que ser sólo para él, y que dejara esa nueva relación, por lo que los encuentros cesaron durante unos días.

En la noche del 8 de noviembre de 1998 Francisca estaba cenando en su domicilio (...) con Lucio. Esta relación de noviazgo era conocida por la madre de aquella, Julieta, que la aprobaba, y permitía que accediese al interior de la vivienda. Ésta sin embargo no se encontraba allí ya que estaba trabajando en turno de noche. Héctor llamó telefónicamente al domicilio de Francisca proponiéndole verla, a lo que se negó, enterado Héctor de que estaba cenando con Lucio y que la madre de la menor no se hallaba, le dijo que lo echara (...). Posteriormente Héctor la volvió a telefonear, cuando ya se había marchado el novio, indicándole que iba hacia su casa. Entre las 23:30 horas y las 24:00 horas del día 8 de noviembre de 1998, Héctor llamó a la puerta de la vivienda, abriéndole Francisca, pasando aquél directamente al interior, instalándose ambos en el dormitorio de la menor (...). Allí le anunció que la iba a "follar" a lo que Francisca contestó que sería si ella quería. Acto seguido le dijo si tenía otra ropa, por lo que ésta le mostró el contenido de su armario, donde Héctor eligió una camiseta de tirantes, y le indicó que se la pusiera, lo que así hizo Francisca. Ambos mantuvieron relaciones sexuales (...).

Después ambos estuvieron un rato juntos, abandonando Héctor el domicilio de Francisca entre las 3:00 y las 4:00 horas del día 9 de noviembre de 1998.

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"Que debemos absolver y absolvemos a Héctor del *delito continuado de abusos sexuales*, por el que venía procesado todo ello con declaración de oficio de las costas causadas".(...)

CUARTO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas se prepararon recursos de casación por infracción de Ley por el Ministerio Fiscal y la representación legal de la Acusación Particular Francisca, que se tuvieron anunciados; remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución formándose el correspondiente Rollo y formalizándose el recurso.

QUINTO.- El Ministerio Fiscal preparó recurso de casación contra la anterior resolución pero desistió de formularlo por escrito de fecha 6 de noviembre de 2003.

SEXTO.- El recurso formulado por la representación legal de la Acusación particular Francisca se basó en el siguiente **MOTIVO DE CASACIÓN:**

1º.- Se formula al amparo de lo dispuesto en el *art. 849º.1 de la LECrim.*, por la no aplicación de los *artículos 182º y 182º.2 y 191º. 1º y 2º del C. penal.*

SÉPTIMO.- En el trámite correspondiente los recurridos: Xunta de Galicia y el procesado Héctor impugnaron el recurso.

OCTAVO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto interesó la decisión del mismo sin celebración de vista y solicitó su inadmisión por las razones expuestas en su informe; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

NOVENO.- Hecho el señalamiento para el Fallo se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día 13 de mayo de 2004. (...)

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Audiencia Provincial de La Coruña, Sección tercera, absolvió a Héctor del delito continuado de abusos sexuales, (...), frente a cuya resolución judicial se formaliza por la representación procesal de la acusación particular este recurso de casación, en un solo motivo de contenido casacional, que pasamos seguidamente a resolver.

SEGUNDO.- El motivo único, formalizado por el cauce autorizado por el *art. 849º-1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, denuncia la infracción por falta de aplicación de los *artículos 182º, 182º.2 y 191º.1 y 2º del Código penal.*

En realidad, esta censura casacional adolece, (...) de una defectuosa calificación jurídica de los hechos, conforme a la norma penal aplicable, porque (...) cuando (...) el relato histórico, que debe ser respetado en su integridad, sitúa la ocurrencia de los hechos enjuiciados durante el año 1998, luego mal pueden ser aplicables los preceptos invocados (...) que es correspondiente al párrafo diseñado tras la reforma meritada).

Sea como fuere, los preceptos aplicables (...), propios del texto original del Código penal de 1995, son los siguientes: el *art. 181º.3*, esto es, "cuando el consentimiento se obtenga prevaleciendo el culpable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima", que se mantiene tras la reforma, y el *art. 182º* (...), que habrá de referirlo al párrafo segundo, apartado segundo: cuando la víctima sea persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o situación (sic).

Y aún dentro de esta clarificación técnica, claro es que la menor de 16 años, Francisca, no era una joven especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o situación, pues afirmarlo así entraría en contradicción con los hechos probados por la sentencia de instancia, en cuanto relata, sin embargo, que era una brillante estudiante, destacando sobre sus compañeros, extrovertida, de gran inteligencia, madura para su edad, con un destacado nivel de conocimientos sexuales (al menos en el aspecto teórico) y que tenía una gran seguridad en sí misma. De forma que con tal aserto en el

"*factum*" no puede discutirse siquiera que ciertamente no nos encontramos ante una víctima especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o situación.

Siendo ello así, únicamente nos queda por analizar si en el caso enjuiciado concurre el prevalimiento al que se refiere el *art. 181º.3 del Código penal*, en redacción que no ha variado tras la reforma citada.

Como ha señalado la doctrina de esta Sala (Sentencia 170/2000, de 14 de febrero, entre otras), el Código penal de 1995 ha configurado de modo diferente el abuso sexual con prevalimiento, sustituyendo la expresión del Código penal de 1973 «prevaliéndose de su superioridad originada por cualquier relación o situación» por la actual de «prevaliéndose el culpable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima». Con ello se expresa la doble exigencia de que la situación de superioridad sea, al mismo tiempo, notoria y evidente ("manifiesta"), es decir, objetivamente apreciable y no sólo percibida subjetivamente por una de las partes, y también «eficaz», es decir que tenga relevancia suficiente en el caso concreto para coartar o condicionar la libertad de elección de la persona sobre quien se ejerce.

Esta delimitación más precisa de la circunstancia de prevalimiento es concordante con el hecho de que ya no se limita su aplicación a los abusos sobre personas menores de edad, sino que se configura genéricamente como un supuesto de desnivel notorio entre las posiciones de ambas partes, en el que una de ellas se encuentra en una manifiesta situación de inferioridad que restringe de modo relevante su capacidad de decidir libremente, y la otra se aprovecha deliberadamente de su posición de superioridad, bien sea ésta laboral, docente, familiar, económica, de edad o de otra índole, consciente de que la víctima tiene coartada su libertad de decidir sobre la actividad sexual impuesta.

Los requisitos legales que el texto establece son los siguientes: 1º) situación de superioridad, que ha de ser manifiesta, 2º) que esa situación influya, coartándola, en la libertad de la víctima, y 3º) que el agente del hecho, consciente de la situación de superioridad y de sus efectos inhibidores de la libertad de decisión de la víctima, se prevenga de la misma situación para conseguir el consentimiento, así viciado, a la relación sexual (...).

Desde esta perspectiva, como afirma el Ministerio Fiscal (que desistió de su recurso ante esta Sala), el motivo no puede prosperar. (...) estos hechos probados nos narran relaciones sexuales consentidas entre Francisca y su profesor, Héctor, que avanzan en su desenvoltura sexual, y que sustancialmente discurren cuando el acusado ya no es profesor suyo, al cambiar de centro docente por parte de su madre, a su hija Francisca. No existe, en consecuencia, prevalimiento por ascendencia derivada de la condición de profesor del acusado. Además, el hecho probado nos dice que la joven era "*madura para su edad*" y con un destacado nivel de conocimientos sexuales, comenzando la relación con el acusado primeramente expresándose así a otro profesor, y más tarde, al decirle al propio acusado que había tenido un sueño erótico con él, interesándose por su escritura, de modo que Francisca "*accedió a escribirsele, actividad a la que era especialmente aficionada, y en la que destacaba académicamente*". "El relato—continúa el "*factum*"— *hacia referencia a una relación sexual, entre ella y su tutor, que se desarrollaba en el denominado "despacho de tutoría*".

La Sala sentenciadora argumenta que los hechos pueden ser éticamente reprochables, pero quedan extramuros del derecho penal. En efecto, la relación entre la moral y el derecho no es de simetría, sino de círculos concéntricos: únicamente aquellos comportamientos más intolerables socialmente son incluidos por el legislador en los tipos de penales, y su aplicación requiere además un exquisito respeto al principio de legalidad y taxatividad.

El prevalimiento es una coacción psicológica que produce que el consentimiento así prestado se encuentre viciado. Nada de ello resulta de los hechos probados, en donde se suceden, uno tras otro, episodios de contenido sexual entre ambos, sin el menor atisbo de coacción psicológica, sino que

fluye del relato histórico una clara continuación en los encuentros sucesivos que se caracteriza por la prestación recíproca de un consentimiento libremente otorgado. Es más, como (...) la madre (...) aprovechó todo el período vacacional y "*se fueron ambas todo el mes de julio de 1998 a Granada, a casa de un familiar*", y en la segunda quincena de agosto a León. A primeros de agosto, pues, se reanudan las relaciones entre ambos que discurren sin solución de continuidad (...). No puede, en consecuencia, hablarse de prevalimiento alguno, cuando sustancialmente los abusos denunciados transcurren tras la finalización del curso, en junio de 1998, hasta el mes indicado de noviembre. No existe, pues, abuso de superioridad, sino una relación sentimental entre una persona madura y otra muy joven, es cierto, pero capaz de autodeterminarse sexualmente, legal y psicológicamente, que incluso discuten cuando Francisca comienza a salir con un chico de su edad, con el que también mantuvo relaciones sexuales, cesando durante unos días los encuentros a causa de tal disensión. Del relato fáctico se desprende que los encuentros sexuales tanto tienen lugar en el vehículo del acusado, como en la vivienda de él, o en la casa de ella, aprovechando (...) que no había nadie más en dichos inmuebles, para lo que aprovechan las ocasiones que proporcionan las vacaciones o las ausencias temporales. En tales contactos se hacen fotografías, se utilizan ropas especiales, o se realizan prácticas amorosas variadas. Como hemos expresado anteriormente, la diferencia de edad puede ser ordinariamente, y así lo será frecuentemente, un indicador de la existencia de un abuso por prevalimiento, pero no justifica automáticamente la aplicación del *art. 181º.3 del Código penal*. El Tribunal sentenciador, con su inmediación, ha calibrado el nivel de desarrollo sexual de la menor (de 16 años, a la sazón), y fundamentalmente sus parámetros de madurez para autodeterminarse en esta materia, de forma autónoma, y sin interferencias, y ha llegado a la conclusión de que Francisca era "*madura para su edad*", de gran inteligencia, brillante, con un destacado nivel de conocimientos sexuales y una gran seguridad en sí misma. En definitiva, que estaba en condiciones de autodeterminarse sexualmente, como así aconteció con un chico de similar edad, y que de igual forma, también lo hizo con el acusado, aunque de una edad muy superior (45 años), profesor de la misma, en un pasaje de los hechos probados, al anunciarle el acusado sus propósitos sexuales, le contesta: "*que será si ella quiere*". Este aspecto fáctico, de indudable trascendencia para la resolución del caso, ha sido tomado en consideración por tal Tribunal de instancia, y es fruto de la inmediación, esto es, de la apreciación personal de la joven, de su personalidad, de los dictámenes periciales y de la declaración de los testigos que se practicaron en el plenario. Y es más, esta conclusión nos viene dada en este recurso, sin que podamos modificarla, dada la vía por la que se encauzado el motivo. El voto particular de uno de los tres magistrados, nos refuerza aún más, si cabe, esta conclusión, a la que mayoritariamente llegó la Sala de instancia. La costumbre social nos muestra que las relaciones sexuales están plenamente consentidas a esa edad, cuando se trata de jóvenes con capacidad de autodeterminarse sexualmente, edad que el *artículo 181º*, en la redacción correspondiente a los hechos probados (si bien modificado posteriormente) lo situaba a partir de los doce años. Si a ello añadimos el trascendental extremo fáctico, igualmente intangible en esta instancia, de que las relaciones entre ambos tuvieron lugar cuando Héctor no era ya profesor de Francisca, por haber terminado el curso tras ir a recoger las notas finales del mismo, y que fue cambiada de colegio por su madre, y, no obstante, la relación mantuvo una duración que se proyectó hasta el mes de noviembre de 1998, la desestimación del motivo aparece obligada. La reciente Sentencia de esta Sala 781/2004, de 23 de junio, nos dice que "*coartar*", a los efectos del *art. 181º.3 del Código penal*, equivale a obstaculizar o limitar de manera relevante el uso por un sujeto de su capacidad para autodeterminarse, en un marco de relaciones que tienen por objeto alguna forma de ejercicio de la sexualidad, llegando a la conclusión de que la "*capacidad para autodeterminarse en el ámbito sexual*" es la clave para valorar si concurre o no el prevalimiento exigido por el tipo penal indicado (...).

Estas valoraciones se realizan en el marco penal que nos incumbe, sin perjuicio de las incidencias que puedan llegar a declararse en otros ámbitos del derecho, de los que no nos corresponde pronunciarnos.

En consecuencia, el motivo ha de ser desestimado.(...)

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos **NO HABER LUGAR** al recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por (...) contra la Sentencia núm. 13/2003, de 8 de julio de 2003 de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de La Coruña. (...).

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Cándido Conde-Pumpido Tourón, Julián Sánchez Melgar, José Aparicio Calvo-Rubio (...).

§12. TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA ESPAÑOL

Id Cendoj: 28079120012005100441
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 1584/2003
Nº de Resolución: 422/2005
Procedimiento: Penal – Procedimiento Abreviado / Sumario
Ponente: Juan Saavedra Ruiz
Tipo de Resolución: Sentencia
Agraviada: Amanda (14 años)
Procesado: Carlos Antonio (30 años)
Delito: corrupción de menores.
Fecha: 04 de abril de 2005

Resumen: Inexistencia de prevalimiento , absolución

Sumilla: (...) el acusado (...), de más de treinta años de edad a la fecha de los sucesos (...), mantuvo relaciones sexuales con Amanda (...), de 14 años de edad (...) sin que conste que para ello hubiera empleado violencia, intimidación, engaño o promesa alguna.- ///La vuelta del delito de corrupción de menores (...) ha suscitado críticas en la doctrina, llegando a afirmarse (...) que podría ser considerado como inconstitucional por infracción del principio de legalidad o que es disfuncional o inoperante./// (...) se trata de un tipo ambiguo e impreciso, en el umbral del principio de legalidad (...). /// (...) En el presente caso no se trata de una actividad sexual que pueda calificarse de perversa o extravagante. Sólo podríamos considerar una iniciación temprana en las relaciones sexuales que, por otra parte, tampoco puede calificarse de excepcional en los tiempos actuales (no podemos olvidar que el Código Civil permite el matrimonio a partir de los 14 años (...)). Lo llamativo es (...) la diferencia de edad entre los sujetos, pues es evidente que la relación con un joven de 16 años no habría dado lugar a este caso. Ello quiere decir que en realidad la cuestión no está tanto en la diferencia de edad (la Audiencia ha excluido el abuso sexual por prevalimiento) sino en la esencia de los actos realizados que insistimos se adecuan a la normalidad (...) Ahora bien (...) tiene razón el recurrente cuando sostiene que las relaciones sexuales descritas ni consta ni puede afirmarse que en el futuro afecten a la libertad de elección en el comportamiento sexual de la menor (...).

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a cuatro de Abril de dos mil cinco.

En el recurso de casación por infracción de ley, que ante Nos pende, interpuesto por la representación de Carlos Antonio, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección Primera, que condenó al acusado por un delito de corrupción de menores; los Excmos. Sres. Componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la Votación y Fallo (...).

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción de Aguilar de la Frontera, incoó Procedimiento Abreviado Nº 49/02 contra Carlos Antonio, por delitos de corrupción de menores y agresión sexual y, una vez

concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección Primera, que con fecha cinco de mayo de dos mil tres, dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

“HECHOS PROBADOS: Desde enero de 2001 y al menos en seis ocasiones, el acusado Carlos Antonio (nacido el día 4 de julio de 1969, es decir de más de 30 años de edad a la fecha de los sucesos que se relatan) bien en su propio domicilio, (...) bien en una cochera propiedad del padre del acusado, (...), ambos de Aguilar de la Frontera, mantuvo relaciones sexuales con Amanda, de catorce años de edad (nacida el día 8 de mayo de 1986), con la que había trabado amistad, invitándola a tomar café en diversas ocasiones, a raíz de darle clases en el instituto donde ésta cursaba sus estudios como profesor de karate, sin que conste que para ello hubiera empleado violencia, intimidación, engaño o promesa alguna.-

A consecuencia de ello la menor necesitó tratamiento psicológico y psiquiátrico debido a la aparición de cuadros de ansiedad y de trastornos de estrés postraumático, perjudicando y alterando de forma grave el desarrollo de su personalidad, lo que tuvo su reflejo inmediato en una bajada ostensible de su rendimiento escolar y de sus relaciones afectivas y la necesidad imperiosa de aquel tratamiento para evitar un casi seguro desarrollo psicótico posterior”.

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

“FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos a Carlos Antonio como autor (...) responsable del delito ya definido (...) a la pena de un año de prisión con la pena accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, sí como a la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por un año, y a que indemnice a Amanda , a través de sus representantes legales en 12.000 €, cantidad que devengará el interés que señala el *artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* y al pago de las costas de este proceso, incluidas las de la acusación particular”.

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley, por la representación del recurrente, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación del recurrente, formalizó su recurso, alegando los motivos siguientes: PRIMERO.- Al amparo del *artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, con violación, por aplicación indebida, del *artículo 189.3 del Código Penal*. SEGUNDO.- Con apoyo en el *artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, al quedar violado, por inaplicación, el *artículo 66.1 del Código Penal*.

QUINTO.- Instruidas las partes del recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo, cuando por turno correspondiera.(...)

OCTAVO.- Habiendo tenido lugar la Sala General en fecha 09/02/05, el presente recurso queda pendiente de nueva deliberación y fallo.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se formaliza el motivo de igual orden al amparo del *artículo 849.1 LECrim*. denunciando la aplicación indebida del *artículo 189.3 C.P.* (Texto L.O. 11/99). Tras criticar la reintroducción del delito de corrupción de menores por el Legislador en el año 1999, que había desaparecido en el primitivo Texto del Código Penal de 1995, sostiene el recurrente que ni en los hechos probados ni en el fundamento jurídico sexto se consigna “elemento fáctico alguno que permita sostener que las relaciones habidas entre el recurrente y Amanda (...) -con independencia del juicio moral y social que

puedan merecer-, surgidas de una amistad, hayan podido afectar a la futura libertad de elección en el comportamiento sexual de la menor”, añadiendo que es necesario que dicha relación “haya incidido, clara y gravemente, para la futura libertad de elección en el comportamiento sexual del menor. En otro caso, por reprochable que pudiera ser el comportamiento, sería atípico”.

Pues bien, teniendo en cuenta la Jurisprudencia de esta Sala elaborada en relación con el *artículo 452 bis b).1, precedente del Código de 1.973*, se suscita el alcance que debe darse a este tipo penal reintroducido en el Código por la *Ley Orgánica 11/99* en el *apartado 3º del artículo 189 C.P. (hoy 4º)*, reformado posteriormente por la L.O. 15/03, aunque sin afectar a este subtipo en concreto. Por ello, se plantea su consideración por la Sala General no Jurisdiccional, la que tiene lugar en la fecha ya indicada en los antecedentes, cuyo acuerdo es del siguiente tenor: “en principio solo será sujeto activo del tipo de corrupción de menores previsto en el *artículo 189.4 CP.* el que realice una actividad de tercería respecto a la conducta típica prevista en el mismo”. Ello significa una regla general que puede admitir puntuales excepciones en casos de especial gravedad de la conducta o de su resultado.

SEGUNDO.- El hecho probado consigna que “desde enero de 2001 y al menos en seis ocasiones, el acusado (...), de más de treinta años de edad a la fecha de los sucesos que se relatan bien en su propio domicilio, bien en una cochera propiedad del padre del acusado (...), mantuvo relaciones sexuales con Amanda (...), de 14 años de edad (...), con la que había trabado amistad, invitándola a tomar café en diversas ocasiones a raíz de darle clases en el Instituto donde ésta cursaba sus estudios como profesor de karate, sin que conste que para ello hubiera empleado violencia, intimidación, engaño o promesa alguna.-

A consecuencia de ello la menor necesitó tratamiento psicológico y psiquiátrico debido a la aparición de cuadros de ansiedad y de trastornos de estrés postraumático, perjudicando y alterando de forma grave el desarrollo de su personalidad, lo que tuvo su reflejo inmediato en una bajada ostensible de su rendimiento escolar y de sus relaciones afectivas y la necesidad imperiosa de aquel tratamiento para evitar un casi seguro desarrollo psicótico posterior”.

La Audiencia razona que en modo alguno se trata de un delito de agresión sexual, siendo claro que no ha concurrido violencia o intimidación; igualmente niega el tipo de abuso de prevalimiento, afirmando que la simple diferencia de edad no es suficiente para perfilar el mismo. Califica los hechos como constitutivos del delito de corrupción de menores del *artículo 189.3 CP.* según la redacción dada a dicho precepto por la L.O. 11/99, hoy Nº 4, según la L.O. 15/2003 (aunque la descripción típica no ha variado). Entiende que existe una situación de cierta ascendencia que claramente fue aprovechada por el acusado para cortejar y doblegar su voluntad, hablando de “*embaucamiento*”, llegando a afirmar que incluso “*benévolamente*” no se aprecia el abuso de prevalimiento, luego hay que castigar *ex artículo 189.3 CP.* invocando el “*in dubio pro reo*”. Para llegar a esta conclusión invoca la exposición de motivos de la L.O. 11/99, en cuanto justifica la reintroducción en el C.P. del delito de corrupción de menores, que suprimió el texto de 1995, entendiendo que se trata de “una cláusula de cierre del sistema de protección del menor que permite la represión de conductas no reconducibles a las infracciones más gravemente penadas de agresión o abuso sexual”.

TERCERO.- La vuelta del delito de corrupción de menores, cuyo antecedente se encuentra en el *artículo 452 bis b).1 del Texto de 1973* (el que promueva, favorezca o facilite la prostitución o corrupción de persona menor de 18 años), ha suscitado críticas en la doctrina, llegando a afirmarse incluso que podría ser considerado como inconstitucional por infracción del principio de legalidad o que es disfuncional o inoperante.

Efectivamente, se trata de un tipo ambiguo e impreciso, en el umbral del principio de legalidad, como se deduce de su descripción típica - “el que haga participar a un menor o incapaz en un comportamiento de naturaleza sexual que perjudique la evolución o desarrollo de la personalidad de éste (...)”. Se suscitan varias cuestiones para concretar el tipo. En primer lugar, si se trata desde el

punto de vista del sujeto activo de una actividad de tercería o celestinaje o puede ser autor del mismo el sujeto que directamente participa con el menor en el comportamiento sexual; en segundo lugar, el alcance de la expresión "*haga participar*"; en tercer lugar, qué debe entenderse por comportamiento de naturaleza sexual; y, por último, el sentido del resultado consistente en perjudicar "la evolución o desarrollo de la personalidad" del menor o incapaz.

Pues bien, en cuanto al sujeto activo, la Jurisprudencia de esta Sala, a partir de la reforma de 1963, incluye tanto al tercero como al sujeto que directamente participa con el menor en la actividad de naturaleza sexual (...). Precisamente la Sala que debe tomar la decisión sobre este recurso tenía serias reservas respecto de esta interpretación y por ello decidió suscitar la intervención del Pleno no Jurisdiccional.

Ante todo, la Exposición de Motivos de la L.O. 11/99 no impone esta interpretación del sujeto activo sino que más bien sugiere la idea de tercería cuando se refiere, invocando Convenios y Tratados Internacionales, "a una acción común relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños", como marco general de referencia para la legislación de los Estados. Igualmente el Legislador reintroduce el delito de corrupción de menores o incapaces "por considerar insuficientes las normas relativas a la prostitución, definiendo auténticamente ambos conceptos", bien ampliando las conductas de naturaleza pronográfica, o acomodando la valoración de las circunstancias que agravan la responsabilidad o haciendo mención genérica "a las necesidades de la prevención general y especial que la sociedad demanda". Es cierto que introduce una reflexión atípica en una Exposición de Motivos, que no se traduce en la Ley, sobre "la necesidad de apreciar concurso real entre los delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores y las agresiones o abusos sexuales cometidos concretamente sobre la persona que se encuentra en tan lamentable situación", cuando la aplicación del "*non bis in idem*" impediría la apreciación de dicho concurso; sistemáticamente, se trata en el capítulo de conductas que implican todas ellas una actividad de tercería e incluso los demás supuestos contemplados en el mismo precepto también; la redacción literal de este tipo de corrupción de menores es equívoca, puesto que el Legislador pudo emplear la expresión "el que participe con un menor o incapaz" además de la de hacer participar; el bien jurídico protegido, que no es otro que la indemnidad sexual de los menores, también está recogido en los delitos de agresión y abusos sexuales, pues cuando se trata de menores indudablemente no sólo se agrede su libertad sino igualmente su indemnidad sexual. De esta forma, cuando se trata de mayores de 13 años, en principio, si consiente las relaciones sexuales, la conducta del sujeto activo es atípica, y si son menores de esa edad siempre será delictiva por la vía de abuso sexual.

CUARTO.- Pues bien, si esta es la regla debemos considerar cuando es posible admitir las excepciones a las que nos referíamos más arriba. Ello será posible atendiendo al tipo de acción sexual de que se trate siempre que perjudique la evolución o desarrollo de la personalidad del sujeto pasivo. Parece claro, por ello, que no toda conducta de naturaleza sexual conforma la conducta típica sino sólo aquella que sea apta para generar el peligro de producir perjuicio en la evolución o el desarrollo de la personalidad del menor. En el presente caso no se trata de una actividad sexual que pueda calificarse de perversa o extravagante. Sólo podríamos considerar una iniciación temprana en las relaciones sexuales que, por otra parte, tampoco puede calificarse de excepcional en los tiempos actuales (no podemos olvidar que el Código Civil permite el matrimonio a partir de los 14 años, aunque sea precisa la dispensa: *artículos 46.1 y 48.2 C.C.*). Lo llamativo es precisamente la diferencia de edad entre los sujetos, pues es evidente que la relación con un joven de 16 años no habría dado lugar a este caso. Ello quiere decir que en realidad la cuestión no está tanto en la diferencia de edad (la Audiencia ha excluido el abuso sexual por prevalimiento) sino en la esencia de los actos realizados que insistimos se adecuan a la normalidad. Por otra parte, es cierto que la joven precisó tratamiento psicológico y psiquiátrico, perjudicando y alterando de forma grave el desarrollo de su personalidad, lo que se reflejó en una bajada ostensible de su rendimiento escolar y de sus relaciones afectivas. Ahora bien, lo que se describe puede ser consustancial a otras muchas situaciones y por ello en el tipo penal de que se trata dicho perjuicio debe estar relacionado directamente con el bien jurídico protegido por

el mismo que no es otro que la libertad e indemnidad sexuales (Título precisamente reformado por la L.O. 11/99), luego tiene razón el recurrente cuando sostiene que las relaciones sexuales descritas ni consta ni puede afirmarse que en el futuro afecten a la libertad de elección en el comportamiento sexual de la menor. Los efectos descritos sobre su personalidad pueden enmarcarse en el hecho mismo de la ruptura sentimental y la situación social creada cuando la existencia de la relación trasciende a sus familias y entornos respectivos. Luego la regla general acordada por esta Sala debe ser aplicada en este caso. Por todo ello el motivo debe ser estimado, lo que hace ocioso el examen del segundo motivo formalizado.

QUINTO.- *Ex artículo 901.1 LECrim* . las costas del recurso deben ser declaradas de oficio.

III. FALLO

QUE DEBEMOS DECLARAR y DECLARAMOS HABER LUGAR al recurso de casación por infracción de ley dirigido por Carlos Antonio frente a la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección Primera, en fecha 05/05/03, en causa seguida al mismo por delito de corrupción de menores, casando y anulando la misma, declarando de oficio las costas del recurso.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal Sentenciador a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a cuatro de Abril de dos mil cinco.

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción de Aguilar de la Frontera, con el número Procedimiento Abreviado nº 49/02 y seguida ante la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección Primera, por delito de corrupción de menores contra Carlos Antonio, (...) hace constar los siguientes:

I. ANTECEDENTES

ÚNICO.- Se dan por reproducidos los de la sentencia de la Audiencia.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Se dan por reproducidos los de la sentencia precedente.

III. FALLO

QUE DEBEMOS ABSOLVER y ABSOLVEMOS al acusado Carlos Antonio del delito de corrupción de menores de que venía siendo acusado por el Ministerio Fiscal y la acusación particular, declarando de oficio las costas de la primera instancia, debiendo dejarse sin efecto las medidas personales y reales adoptadas frente al mismo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Juan Saavedra Ruiz, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

§13. TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL

Id Cendoj: 28079120012006100463
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 421/2005
Nº de Resolución: 411/2006
Procedimiento: Penal – Apelación Procedimiento Abreviado
Ponente: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre
Agraviada: E. (12 años)
Procesado: Carlos Antonio (24 años)
Delito: Abusos sexuales
Tipo de Resolución: Sentencia
Fecha: 18 de abril de 2006

Resumen: Absolución, Acreditación de la edad del menor. Error en la apreciación de la prueba. Informes periciales. Valoración por la Sala de instancia. Presunción *iuris et de iure* de invalidez consentimiento, art. 181.2 CP. Error de prohibición invencible. Presupuesto para su estimación.

Sumilla: (...) El acusado (...) de 24 años de edad (...) con la menor (...) de (12) doce años de edad (...) mantuvieron relaciones sexuales consentidas (...) // (...) la menor se ha renunciado a toda indemnización.// (...) los dos informes periciales (...) sobre el estado mental y estudio psicológico (...) atribuyen (...) a la menor una madurez mental superior a la edad cronológica, presentando una personalidad y mentalidad muy madura, de aproximadamente unos 17 años, y de otra parte (...) consideran que [el acusado] no obligó a Evelyn a mantener relaciones, antes bien consideran que en esa relación la menor presentaba una personalidad más fuerte y llevaba las riendas de la relación. /// (...) los informes médico-forenses concluyen que quien llevaba las riendas y la iniciativa de la relación sentimental era (...) la menor (...) con un grado de madurez superior a su edad, la consecuencia (...) es que el ejecutor de los actos de contenido sexual no puede ser Carlos Antonio sino la menor, por lo que no es posible imputarle los delitos objeto de la condena recurrida. /// (...) en el caso que analizamos nos encontramos, con dos personas de nacionalidad ecuatoriana, una menor entre 12 y 13 años con una madurez mental superior a esa edad -los médicos forenses (...) señalaron que presenta una personalidad y mentalidad muy madura, aproximadamente representaría 17 años y conocía lo que eran las relaciones sexuales y sus consecuencias, y el acusado de 24 años con un bajo nivel cultural y un grado de madurez sensiblemente inferior a su edad cronológica, hasta el punto de que la propia sentencia (...), admite que incluso los factores psicológicos (...) apuntan a un mayor grado de madurez en la víctima que en el acusado (...) que se consideraban mutuamente novios, no solo consentida por la menor, sino que incluso los informes (...) consideran que era ella quien en esa relación presentaba una personalidad más fuerte y llevaba las riendas de la relación, siendo (...) significativas sus manifestaciones (...) "que está bien, que quiere a su novio, que le considera como su novio, que le quiere y por eso lo hizo, que él no la forzó" (...) "conocía en qué consistían las relaciones sexuales, estaba informada por el Colegio (...). El acusado no le hizo ninguna propuesta, tampoco hablaron de acostarse, comenzaron a besarse y era algo que apetecía a los dos. Su relación con Carlos Antonio fue voluntaria y consentida. No se sintió presionada y sabía lo que era la relación sexual y sus consecuencias.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciocho de abril de dos mil seis.

En el recurso de casación por infracción de Ley (...), interpuesto por Carlos Antonio, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Logroño, Sección Primera, que condenó al acusado, por un delito de abusos sexuales; los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (...).

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción número 1 de Calahorra, incoó Procedimiento Abreviado con el número 3 de 2003, contra Carlos Antonio, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Logroño, cuya Sección Primera, con fecha 25 de enero de 2005, dictó sentencia, que contiene los siguientes:

HECHOS PROBADOS:

Primero.- El acusado, Carlos Antonio, de 24 años de edad, natural de Ecuador (...), durante el mes de septiembre de 2003, entabló una relación de amistad con la menor E., de doce años de edad. El día cinco de octubre del mismo año, fueron juntos al domicilio del acusado, donde mantuvieron relaciones sexuales consentidas (...). El procesado era conocedor de la edad que tenía E., aunque desconocía que este acto pudiera ser delictivo.

Segundo.- En el momento de los hechos la menor de edad presentaba una madurez mental superior a su edad cronológica.

Por su parte, el acusado, que no sufre alteración de sus facultades mentales y tiene un coeficiente intelectual normal, presentaba un bajo nivel cultural y un grado de madurez, sensiblemente inferior a su edad cronológica.

Tercero.- Por la representante legal de la menor se ha renunciado a toda indemnización.

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

FALLO: Que como autor de un delito de abusos sexuales (...), condenamos al acusado Carlos Antonio, a la pena de un año de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de duración de la condena y costas procesales (...).

Tercero.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de Ley, por Carlos Antonio, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Cuarto.- La representación del procesado, basa su recurso en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN.

PRIMERO.- (...) considera infringido el derecho a la presunción de inocencia del *art. 24.2 CE*.

SEGUNDO.- (...) por error en la apreciación de la prueba basada en documentos obrantes en autos.

TERCERO.- (...) por considerar indebidamente aplicados los *arts. 181.1 y 182.1 CP*.

CUARTO.- (...) por considerar indebidamente aplicado el *art. 14.3 CP*. al aplicarse el error de prohibición en su modalidad de vencible en lugar de invencible.

Quinto.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto no estimó necesaria la celebración de vista oral para su resolución y solicitó la inadmisión y subsidiariamente la desestimación del mismo por las razones expuestas en su informe; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.- Hecho el señalamiento se celebró la deliberación prevenida el día cuatro de abril de dos mil seis.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: El motivo primero por infracción de precepto constitucional, derecho a la presunción de inocencia, *art. 24.2 CE*, al amparo del *art. 5.4 LOPJ*, por cuanto si el *art. 181.2 CP* contiene una presunción iuris et de iure que no admite prueba en contrario, de manera que siempre que la víctima tenga una edad inferior a los 13 años se considera que existen abusos sexuales no consentidos, resulta imprescindible acreditar fehacientemente el hecho base de que la víctima sea menor de trece años en el momento de ocurrir los hechos, y no existe en la causa un solo documento literosuficiente - libro de familia o certificación de nacimiento del Registro Civil- que acredite fehacientemente que en el mes de octubre de 2003, la menor Evelyn contaba con menos de trece años de edad, dato por cuya acreditación no basta con la testifical de la menor o de su madre.

El motivo deviene inadmisibile.

Que Evelyn tenia menos de 13 años en octubre 2003 no ha sido cuestionado en la instrucción de la causa, y la fecha de su nacimiento 27.5.1991, aparece desde el primer momento en el parte de la Fundación Hospital Calahorra (folio 2), en la nota de asistencia del médico de Ginecología y Obstetricia (folio 3) que se refiere a la misma como niña de 12 años, y en el informe de asistencia a urgencia, en el que consta esa fecha de nacimiento y ser niña de 12 años (folio 4).

Asimismo el informe pericial del Instituto de Medicina Legal de la Rioja de fecha 18.2.2004 señala que se trata de una joven de 12 años, con una madurez mental superior a su edad cronológica (folio 63). Certeza sobre la minoría de la edad de 13 años, que es admitida por la propia defensa del acusado que en su escrito de conclusiones provisionales (folios 48 y 49), elevado a definitivas en el plenario, se mostró conforme con el relato de los hechos realizado por el Ministerio Fiscal -en el que expresamente se recogía que la menor Evelyn, tenía 12 años y que el 5.10.2003, con consentimiento de la menor y conocimiento pleno de su edad (por el acusado) tuvieron relaciones sexuales con penetración vaginal -añadiendo que Evelyn en el momento de los hechos, era una joven con una madurez mental superior a la de su edad física, perfectamente conocedora de la naturaleza de los actos realizados, de los que participó no solo prestando su consentimiento, sino aportando su iniciativa-.

Y finalmente en el acta del juicio oral que tuvo lugar el 12.1.2005, al comienzo de la declaración de Evelyn por el Sr. Secretario se hace constar la edad de 13 años, siendo así resulta evidente que el 5.10.2003, su edad era inferior a dicho límite.

Consecuentemente, la minoría de 13 años de la menor que no fue planteada en la instancia por las partes en sus escritos de conclusiones ni por tanto, discutida en el plenario, ni expresamente razonada y resulta en la instancia, no puede ser cuestionada y ha quedado suficientemente acreditada.

SEGUNDO: El motivo segundo por infracción de Ley del *art. 849.2 LECrim* . por error en la apreciación de la prueba basada en documentos obrantes en autos.

Considera el motivo que la sentencia de instancia ha llegado a conclusiones divergentes con las de los dos informes periciales emitidos ambos el 18.2.2004 por dos médicos forenses del Instituto de Medicina Legal de la Rioja y que versan sobre el estado mental y estudio psicológico del acusado y de la víctima, informes que fueron ratificados en el plenario, y que atribuyen, de una parte, a la menor una madurez mental superior a la edad cronológica, presentando una personalidad y mentalidad muy madura, de aproximadamente unos 17 años, y de otra parte, al acusado una madurez mental

sensiblemente inferior a su edad cronológica, presentando un grado de inteligencia y madurez inferior a su edad, aclarando que no tiene una personalidad manipuladora, por lo que consideran que no obligó a Evelyn a mantener relaciones, antes bien consideran que en esa relación la menor presentaba una personalidad más fuerte y llevaba las riendas de la relación.

La sentencia recurrida no se pronuncia sobre este particular, que necesariamente ha de ser valorado para concluir que los hechos no pueden subsumirse en la conducta tipificada en el *art. 181.2 CP*.

El motivo no puede ser estimado.

Debemos recordar que por la vía del *art. 849.2 LECrim*, solo se pueden combatir los errores fácticos y no los errores jurídicos que se entiendan cometidos por la sentencia en la interpretación de los hechos.

(...)

Fuera de estos casos las pericias son un medio de prueba de carácter personal, aunque con características propias que deben ser valoradas en función de las conclusiones expuestas por sus redactores y suficientemente constatadas en el momento del juicio oral. La valoración debe realizarse con criterios lógico-rationales en función de la libertad probatoria que establece nuestro sistema procesal.

Los informes, en suma, ha de patentizar el error denunciado, no contar contradichos por otras pruebas y ser relevantes para la resolución del caso (SSTS. 30.4.98, 22.3.2000, 23.4.2002). En el caso que se analiza la sentencia recurrida tiene en cuenta aquellos informes periciales -expresamente así lo indica en el epígrafe III Valoración de la prueba- y sus conclusiones las recoge en el apartado segundo de los hechos probados "en el momento de los hechos la menor de edad presentaba una madurez mental superior a su edad cronológica" "por su parte, el acusado, que no sufre alteración de sus facultades mentales y tiene un coeficiente intelectual normal, presentaba un bajo nivel cultural y un grado de madurez, sensiblemente inferior a su edad cronológica".

Siendo así no puede hablarse de error en la apreciación de la prueba, dado que la subsunción que de tal relato fáctico hace la sentencia de instancia con la concurrencia de error de prohibición vencible, supone la valoración que la Sala realiza, en su privativa función, en los datos objetivos que incorporan aquellos informes. La impugnación de tal valoración debe efectuarse por la vía del *art. 849.1* infracción de precepto sustantivo.

TERCERO: El motivo tercero por infracción del *art. 849.1 LECrim*, por considerar indebidamente aplicados los *arts. 181.2 y 182.1 CP*.

Dos son las infracciones que considera el motivo producidas:

En primer lugar que no existe en la causa ningún documento literosuficiente que acredite que la menor Evelyn tenía menos de 13 años en el mes de octubre 2003, cuando ocurrieron los hechos.

En segundo lugar, dados que los informes médico-forenses concluyen que quien llevaba las riendas y la iniciativa de la relación sentimental era, precisamente, la menor Evelyn, con un grado de madurez superior a su edad, la consecuencia que se extrae es que el ejecutor de los actos de contenido sexual no puede ser Carlos Antonio sino la menor, por lo que no es posible imputarle los delitos objeto de la condena recurrida.

El primer argumento ya ha sido analizado en el primer motivo cuya desestimación implica la del presente dándose por reproducido el Fundamento Jurídico de la presente sentencia para evitar innecesarias repeticiones.

Con respecto a la segunda cuestión, el valor excusante del consentimiento que implica el ejercicio de la libertad sexual del sujeto pasivo no ofrece, en principio, dudas. Aunque las condiciones del consentimiento eficaz no están establecidas en la Ley, la doctrina y la jurisprudencia las han derivado de la noción de libertad del sujeto pasivo. A partir de qué momento el consentimiento adquiere eficacia, por provenir de una decisión libre, es una cuestión normativa que debe ser establecida según los criterios sociales que rijan al respecto. Al tratarse de los menores de 13 años, no obstante, opiniones doctrinales que consideran que debiera establecerse una presunción que admitiera prueba en contrario a través del análisis a posteriori de la capacidad del menor para expresarse en el ámbito sexual, lo cierto es que el Código, *art. 181.2 CP*, establece una presunción "*iuris et de iure*" sobre la ausencia de consentimiento por resultar los supuestos contemplados incompatibles con la consciencia y la libre voluntad de acción exigibles (SSTS. 22.10.2004, 20.10.2001, 15.2.2005), y lo que implica que dicho menor es incapaz para autodeterminarse respecto del ejercicio de su libertad sexual, negándole toda la posibilidad de decidir acerca de su incipiente dimensión sexual y recobrando toda su fuerza el argumento de la intangibilidad o indemnidad como bien jurídico protegido. Este límite de edad ha de referirse a la edad física resultando censurable la equiparación de tal edad de la edad mental, lo que quebraría el principio de seguridad jurídica.

Consecuentemente, encontrándonos ante un supuesto de incapacidad del sujeto pasivo para prestar un consentimiento válido (*art. 181.2*), resulta irrelevante no solo tal consentimiento de la menor en mantener relaciones sexuales sino incluso que fuese ella quien llevase la iniciativa como se sostiene en el recurso.

CUARTO: El motivo cuarto por infracción de Ley *art. 849.1 LECrim*. por considerar indebidamente aplicado el *art. 14.3 CP*. al apreciarse el error de prohibición en su modalidad de vencible, en lugar de invencible.

Argumenta el motivo que la sentencia recurrida estima probado que el acusado, de 24 años de edad, presentaba un bajo nivel cultural y un grado de madurez sensiblemente inferior a su edad cronológica, y en el Fundamento Jurídico tercero que Carlos Antonio tenía en convencimiento sincero de que las relaciones sexuales mantenidas con la menor de tres años no constituían un ilícito penal, dado que en su país, Ecuador, hay personas que contraen matrimonio a esa edad, convencimiento que la Sala extrae del examen psicológico efectuar al proceso por los médicos forenses que valoran su sinceridad en este punto.

Partiendo de lo anterior, del escaso nivel cultural del acusado, las condiciones psicológicas y su falta de madurez, el error apreciado en la sentencia, considera el recurrente, debió serlo en su modalidad de invencible, pues teniendo en cuenta la realidad social vivida por acusado y víctima, los dos ecuatorianos, pertenecientes a una cultura que permite y consiente las relaciones y matrimonios con personas de doce y tres años, no podía el recurrente haber subsanado su error acerca de la ilicitud del hecho.

Constituye doctrina reiterada de esta Sala (STS. 10.10.2003), que para sancionar un acto delictivo el conocimiento de la ilicitud del hecho no tiene que ser preciso, en el sentido de conocer concretamente la gravedad con el que el comportamiento realizado es sancionado por la Ley. Los ciudadanos no son ordinariamente expertos en las normas jurídicas sino legos en esta materia por lo que se requiere para la punición de una conducta antijurídica es lo que se ha denominado doctrinalmente el conocimiento paralelo en la esfera del profano sobre la ilicitud de la conducta que se realiza.

Ello determina que sea penalmente irrelevante el error de subsunción, es decir el error sobre la concreta calificación o valoración jurídica de la conducta realizada, y únicamente concurre error de prohibición en el sentido del *art. 14.3 CP*. cuando el agente crea que la conducta que subsume erróneamente es lícita, al no estar sancionada por norma alguna. Si conoce su sanción penal no

existe error jurídicamente relevante aún cuando concorra error sobre la subsunción técnico-jurídica correcta.

Como decíamos en la STS. 601/2005 de 10.5, el error de prohibición se configura como el reverso de la conciencia de antijuricidad y como recuerdan las SSTS. 17/2003 de 15.1, 755/2003 de 28.5 y 861/2004 de 28.6, la doctrina y la ley distinguen entre los errores directos de prohibición, es decir, los que recaen sobre la existencia de la norma prohibitiva o imperativa, y los errores indirectos de prohibición que se refieren a la existencia en la ley de la autorización para la ejecución de una acción típica (causa de justificación) o a los presupuestos de hecho o normativos de una causa de justificación. En este sentido la STS. 457/2003 de 14.11, declara que el error de prohibición, consiste en la creencia de obrar lícitamente si el error se apoya y fundamenta en la verdadera significación antijurídica de la conducta. Esta creencia en la licitud de la actuación del agente puede venir determinada por el error de la norma prohibitiva, denominado error de prohibición directo, como sobre el error acerca de una causa de justificación, llamado error de prohibición indirecto, produciendo ambos la exención o exclusión de la responsabilidad criminal, cuando sea invencible. En los casos de error vencible se impone la inferior en uno o dos grados, según el *art. 14.3 del Código Penal*.

También la jurisprudencia, después de destacar la dificultad de determinar la existencia de error, por pertenecer al arcano íntimo de la conciencia de cada individuo, sin que baste su mera alegación, sino que deberá probarse, tanto en su existencia como en su carácter invencible (...), afirmando (...) que "no cabe invocar el error cuando se utilizan vías de hecho desautorizadas por el ordenamiento jurídico, que todo el mundo sabe y a todos consta que están prohibidas" (...), añadiendo que, en el caso de error iuris o error de prohibición, impera el principio *ignorantia iuris non excusat*, y cuando el error se proclama respecto de normas fundamentales en el Derecho Penal, no resulta verosímil y por tanto admisible, la invocación de dicho error, no siendo posible conjeturar la concurrencia de errores de prohibición en infracciones de carácter material o elemental, cuya ilicitud es "notoriamente evidente y de comprensión y constancia generalizada" (...). El señalado distinto tratamiento del error, según se trate de infracciones de carácter natural o formal, se analiza en S.TS. 7 de julio de 1987, recordando que si tradicionalmente se ha venido afirmando que el Derecho vale y se impone por sí mismo y no por la circunstancia de ser o no conocido por sus destinatarios, esta construcción, que hipervalora el principio de defensa social, perdió fuerza al hacerse distinción entre aquellas conductas definidas en el Código, que agravan o lesionan normas éticas con sede en la conciencia de todo sujeto, necesarias para la convivencia y pertenecientes al vigente contexto socio-cultural (las acciones que la doctrina de los canonistas denominaba *mala in se*) y los delitos formales, cuya razón de ser está muchas veces en criterios de oportunidad (los actos *mala quia prohibita*). Desde esta perspectiva es claro que la ilicitud del trato sexual entre adultos plenamente capaces y niñas de edad tan escasa como la de doce años cuya capacidad de discernimiento todavía no se encuentra mínimamente formada es hoy notoriamente evidente y de conocimiento general.

Por otra parte, para excluir el error no se requiere que el agente tenga seguridad respecto a su proceder antijurídico, bastando que tenga conciencia de la antijuridicidad, o al menos sospecha de lo que es un proceder contrario a Derecho (...), basta con que se tenga conciencia de una alta probabilidad de antijuricidad, no la seguridad absoluta del incorrecto proceder.

En definitiva la apreciación del error de prohibición no puede basarse solamente en las declaraciones del propio sujeto, sino que precisa de otros elementos que les sirvan de apoyo y permitan sostener desde un punto de vista objetivo, la existencia del error. El análisis (...) debe efectuarse sobre el caso concreto, tomando en consideración las condiciones del sujeto en relación con las del que podría considerarse hombre medio, combinando así los criterios subjetivo y objetivo, y ha de partir necesariamente de la naturaleza del delito que se afirma cometido, pues no cabe invocar el error cuando el delito se comete mediante la ejecución de una conducta cuya ilicitud es de común conocimiento.

En el supuesto que analizamos la sentencia recurrida (...) recoge expresamente que "el procesado era conocedor de la edad que tenía Evelyn aunque desconocía que este acto pudiera ser delictivo, igualmente que "en el momento de los hechos la menor de edad presentaba una madurez mental superior a su edad cronológica", "por su parte, el acusado, que no sufre alteración de sus facultades mentales y tiene un coeficiente intelectual normal, presentaba un bajo nivel cultural y un grado de madurez sensiblemente inferior a su edad cronológica". Consecuente con tal declaración fáctica en el Fundamento Jurídico Tercero razona la concurrencia del error de prohibición, si bien lo califica como vencible por cuanto que el procesado con todas sus limitaciones, tenía la posibilidad de haber despejado cualquier duda sobre el particular dado que conocía la edad exacta de la menor y había entablado una previa relación de amistad, durante varias semanas, antes de mantener relaciones sexuales con ella".

QUINTO: Para el juicio de la vencibilidad (o excusabilidad) o invencibilidad (o inexcusabilidad) del error, hay que evitar, ante todo, que por un apego radical a la literalidad del concepto de invencibilidad -equiparándolo a absolutamente insuperable o irresistible), haga realmente difícil imaginar una situación a la que pudiera aplicarse.

Se trata, en efecto, de comprobar si el error -que la Audiencia considera probado- en que incurrió el recurrente hubiera podido superarse empleando una diligencia objetiva y subjetivamente exigible.

Para ello habrán de tenerse en cuenta varios parámetros:

- la apariencia de legalidad de la conducta-. (...)
- la vencibilidad del error-.

Para valorarla la doctrina más autorizada considera que deben tenerse en cuenta varios factores.

a) La urgencia de actuar: la inaplazabilidad de la decisión dificultará la posibilidad de acudir a los medios que pudieron proporcionar mayor información al agente.

b) La accesibilidad -abstracta y concreta, objetiva y subjetiva- al medio de información capaz de deshacer el error.

SEXTO: Pues bien, en el caso que analizamos nos encontramos, con dos personas de nacionalidad ecuatoriana, una menor entre 12 y 13 años con una madurez mental superior a esa edad -los médicos forenses en el acto del juicio señalaron que presenta una personalidad y mentalidad muy madura, aproximadamente representaría 17 años y conocía lo que eran las relaciones sexuales y sus consecuencias, y el acusado de 24 años con un bajo nivel cultural y un grado de madurez sensiblemente inferior a su edad cronológica, hasta el punto de que la propia sentencia (...), admite que incluso los factores psicológicos, puntualmente observados, apuntan a un mayor grado de madurez en la víctima que en el acusado, y una única relación sexual entre ambos, que se consideraban mutuamente novios, no solo consentida por la menor, sino que incluso los informes antes indicados consideran que era ella quien en esa relación presentaba una personalidad más fuerte y llevaba las riendas de la relación, siendo especialmente significativas sus manifestaciones tanto en la exploración judicial en el mes de octubre de 2004, nada más ocurrir los hechos, ("que está bien, que quiere a su novio, que le considera como su novio, que le quiere y por eso lo hizo, que él no la forzó"), como en el plenario de 21.1.2005, ("conocía en qué consistían las relaciones sexuales, estaba informada por el Colegio. Acudieron a casa de Carlos Antonio. El acusado no le hizo ninguna propuesta, tampoco hablaron de acostarse, comenzaron a besarse y era algo que apetecía a los dos. Su relación con Carlos Antonio fue voluntaria y consentida. No se sintió presionada y sabía lo que era la relación sexual y sus consecuencias (...))."

Siendo así, la calificación como vencible del error de prohibición del procesado que la Sala sentenciadora infiere del conocimiento de la edad exacta de la menor y de haber entablado una previa relación de amistad con ésta, durante varias semanas, antes de las relaciones sexuales, no puede ser compartida.

La edad de la menor "de camino a 13 años", según expresión del procesado, está justo en el límite de la presunción del *art. 181.2 CP*. e incluso hubiera determinado antes de la reforma de la *LO. 11/99 de 30.4*, que elevó el límite de 12 a 13 años, la no tipicidad, al menos por dicho precepto, de la conducta imputada al recurrente.

La previa relación de amistad con la menor antes de mantener la relación sexual no tiene especial incidencia sobre la vencibilidad del error, no solo porque (...) aquella relación de amistad se entabló "durante el mes de septiembre" y los hechos sucedieron el día cinco de octubre del mismo año, sino porque dadas las circunstancias del hecho y las condiciones psicológicas y de cultura del infractor y la realidad social de acusado y víctima, los dos ecuatorianos y pertenecientes a una cultura en la que las relaciones de este tipo son permitidas y toleradas, tal como la sentencia refiere en el Fundamento Jurídico tercero, en base a las declaraciones tanto del acusado como de la propia menor y su madre, aquella relación previa, en la que la menor llevaba la iniciativa, no podría haber subsanado el error del acusado en orden a la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal.

SEPTIMO: Consecuentemente, el motivo debe ser estimado, absolviendo al recurrente del delito por el que había sido condenado, con declaración de oficio de las costas causadas, *art. 901 LECrim*.

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación (...), con estimación del motivo cuarto, por infracción de Ley, y desestimación de los restantes, contra sentencia de 25 de enero de 2005, dictada por la Audiencia Provincial de Logroño, Sección Primera, en causa seguida contra el mismo por abusos sexuales, y en su virtud, casamos y anulamos la misma, dictándose a continuación nueva sentencia más conforme a derecho, con declaración de oficio de las costas del recurso.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal Sentenciador a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos (...).

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciocho de Abril de dos mil seis.

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción Nº 1, de Calahorra con el número 43 de 2003, y seguida ante la Audiencia Provincial de Logroño, Sección 1ª, por delito de abusos sexuales, contra Carlos Antonio , mayor de edad, sin antecedentes penales, con numero de pasaporte ecuatoriano NUM000, nacido en Ambato (Ecuador) el día 3 de noviembre de 1978, (...) estando privado de libertad por esta causa desde el día 20 de octubre de 2003 hasta el día 28 de octubre de 2003, fecha en la que fue puesto en libertad, cuya solvencia o insolvencia no consta; la Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, hace constar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES: Se aceptan los de la sentencia recurrida, incluidos los hechos probados que se han reproducido en la sentencia precedente.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO: Tal y como se ha razonado en los Fundamentos de Derecho de nuestra primera sentencia, concurre en el procesado un error invencible de prohibición, procediendo por ello, su libre absolución.

III. FALLO

Que debemos absolver y absolvemos a Carlos Antonio del delito de abusos sexuales, por el que había sido condenado por sentencia de fecha 25 de enero de 2005, por la Audiencia Provincial de Logroño, Sección Primera, al concurrir en el mismo un error invencible de prohibición.

Se declaran de oficio las costas de la instancia.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Joaquín Delgado García D. Perfecto Andrés Ibáñez D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

PUBLICACIÓN.- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

**DOCUMENTACIÓN
REFERIDA A LA RETENCIÓN
DE MADRES ADOLESCENTES**

§01. INFORME N° 1181-2006-OGAJ/MINSA

A: Dra. Verónica Rojas Montes
Directora General -Oficina de Asesoría Jurídica

Asunto: Preocupación de la Mesa de Vigilancia Ciudadana por los Derechos Sexuales y Reproductivos.

Ref.: a) Oficio N° 2312-2006-OGAJ/MINSA
b) Oficio N1 2816-2006-OGAJ/MINSA
c) Oficio N° 3696-DG-INMP-06
(Exp. N° 06-09231-2001)

Fecha: Lima, 29 de diciembre de 2006

Tengo el agrado de dirigirme a usted a fin de alcanzarle el informe solicitado:

I. Antecedentes

Mediante el expediente de la referencial "Mesa de Vigilancia ciudadana por los derechos Sexuales y Reproductivos" expresa su preocupación por la forma en que el Instituto Materno Perinatal viene aplicando la ley 28704, que modificó el artículo 173 del Código penal, toda vez que se habría retenido a una adolescente al considerarla víctima de violación sexual, de conformidad a lo dispuesto en la acotada modificación "sin que este hecho corresponda a la realidad de la relación que dio origen al embarazo".

II. Análisis

Al respecto cabe indicar que mediante los documentos de la referencia a) y c), esta Asesoría Jurídica solicito al instituto Especializado Materno Perinatal el informe respecto a los hechos señalados.

Mediante el documento de la referencia c), que contiene el Informe 492-OAJ-INMP-06 dicho instituto especializado señaló que la Directiva 039-DG-INMP-2006 "Información de pacientes menores de edad a la autoridad competente", aprobada mediante Resolución Directoral 234-DG-INMP-06, tiene como objetivo determinar la obligación de los profesionales médicos de comunicar al Ministerio Público la atención de pacientes menores de edad³⁴⁸, en aplicación del art. 407 del Código penal que dispone "el que omite comunicar a la autoridad las noticias que tenga acerca de la comisión de algún delito, cuando esté obligado a hacerlo por su profesión o empleo será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años. Si el hecho punible no denunciado tiene señalado en el ley pena privativa de la libertad superior a cinco años, la pena será no menor de dos ni mayor de cuatro años (...).

III. Conclusiones

El Instituto Especializado materno perinatal no tiene injerencia en las decisiones que adopte el Ministerio Público sobre los pacientes menores de edad que reatienden en el mismo., toda vez que los profesionales de dicha institución se limitan únicamente a poner en conocimiento de la Fiscal correspondiente que se ha atendido a una menor de edad, no existiendo razón alguna para retenerla una vez que se hay efectuado dicha comunicación y la paciente se encuentre en condición de alta médica; asimismo, no tiene ningún tipo de injerencia en la tipificación de las conductas delictivas de violación sexual.

Atentamente - Directora Ejecutiva.

³⁴⁸ [1] El numeral 7 de la referida directiva dispone "una vez comprobado que los documentos mediante el cual se informó la situación de la menor a la autoridad competente ha sido recepcionado por ésta y la paciente se encuentra en condición de alta médica . No existe ningún impedimento para retenerla.

§02. RESOLUCIÓN DIRECTORAL N° 234-DG-INMP-06

Lima, 01 de septiembre del 2006

CONSIDERANDO:

Que, la ley 27657, Ley del Ministerio de salud, establece que el Instituto Nacional materno Perinatal, como los Institutos Especializados, son órganos desconcentrados del Ministerio de Salud encargados de la investigación e innovación científico tecnológico y docencia en su especialidad, coordina y proponen normas técnicas a las Direcciones Generales Técnico-Administrativas.

Que, la Ley 26842, Ley General de salud, en su art. 30 establece que el médico que brinda atención médica a una persona herida por arma blanca, herida de bala, accidente de tránsito o por causa de otro tipo de violencia que constituya delito perseguible de oficio o cuando existan indicios de aborto criminal, está obligado a poner el hecho en conocimiento de la autoridad competente:

Qué, con Resolución Ministerial 699-2003-SA/DM, de fecha 13 de junio del 2003 y su modificatoria Resolución Ministerial 1002-2004-SA/DM, se aprueba el reglamento de Organización y Funciones del Instituto Especializado Materno Perinatal el mismo que tiene dentro de su objetivos generales la innovación permanente de las normas, métodos y técnicas para la atención especializada e integral de la salud reproductiva de la mujer con énfasis en la atención materno perinatal y seguimiento del recién nacido de alto riesgo hasta los cinco años.

Que, del 100% de la población que atiende el Instituto Nacional Materno Perinatal, el 13% son menores de 18 años, por lo que los profesionales médicos que atienden a estas pacientes menores de edad están obligados a informar a la autoridad competente en el primera día de atención que se brinda en la entidad, por lo que es necesario establecer los procedimientos a seguir;

Con la opinión favorable del Director Ejecutivo de Investigación, Docencia y Atención en Obstetricia y Ginecología, conocimiento de la Oficina Ejecutiva de Administración, Dirección Ejecutiva de Apoyo a Especialidades Médicas y Servicios Complementarios, visación de la oficina de Asesoría jurídica y en armonía con las facultades conferidas por la Resolución Ministerial 699-2003-SA/DM su modificatoria resolución Ministerial 1002-2004-SA/DM, y resolución Ministerial 1262-2003-SA/DM.

SE RESUELVE:

Artículo Primero: Aprobar a partir de la fecha de la presente la Directiva 039-DG-INMP-06 de "Información de pacientes menores de edad y a la autoridad competente", por las causales expuestas en la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo Segundo: La Oficina Ejecutiva de Administración y las Direcciones Ejecutivas de Investigación, Docencia y Atención en Obstetricia y Ginecología, de Investigación, Docencia y Atención en Neonatología, de Apoyo a Especialidades Médicas y servicios Complementarios, dispondrán las acciones administrativas correspondientes para el cumplimiento de la presente resolución.

Regístrese, comuníquese y archívese,

MINISTERIO DE SALUD
Instituto Nacional Materno Perinatal
Director General

C.C. Direcciones Ejecutivas; Oficinas Ejecutivas;
Jefes de Departamentos; Oficina de Asesoría Jurídica;
Archivo.

§03. DIRECTIVA N° 039-DG-INMP-2006

“INFORMACIÓN DE PACIENTES MENORES DE EDAD A LA AUTORIDAD COMPETENTE”

I. FINALIDAD

Que, los profesionales médicos del INMP y personal en general, conozcan los procedimientos que deben seguir para informar a la autoridad competente, de las menores de 18 años que son atendidas en el Instituto Nacional Materno Perinatal.

II. OBJETIVOS

Establecer la responsabilidad de los profesionales médicos y personal en general para dar cumplimiento del art. 30 de la Ley General de salud que establece que “el médico que brinda atención médica a una persona herida por arma blanca, herida de bala, accidente de tránsito o por causa de otro tipo de violencia que constituya delito perseguible de oficio o cuando existan indicios de aborto criminal, está obligado a poner el hecho en conocimiento de la autoridad competente.

III. ÁMBITO DE APLICACIÓN

La presente directiva es de observancia obligatoria de los profesionales médicos que laboran en el Instituto Especializado Materno Perinatal.

IV. BASE LEGAL

Ley 26842, Ley General de Salud.

Ley 27657, Ley del Ministerio de Salud y su Reglamento aprobado por el D.S. 013-2002-SA.

D. Leg. 635, Código Penal y su modificatoria.

Ley 28704 que modifica el art. 173 del Código Penal.

D.S. 023-2005-SA, reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Salud.

Res. Ministerial 699-2003-SA/DM, Reglamento de Organización y Funciones del Instituto Especializado materno perinatal, modificado por Res. Ministerial 1002-2004/MINSA

D.S. 013-2006-SA, Reglamento de Restablecimiento de Salud y Servicios Médicos

V. DISPOSICIONES GENERALES

5.2. El médico que brinda atención médica a una persona herida por arma blanca, herida de bala, accidente de tránsito o por causa de otro tipo de violencia que constituya delito perseguible de oficio o cuando existan indicios de aborto criminal, está obligado a poner el hecho en conocimiento de la autoridad competente.

5.3. Ley 28704, que modifica el art. 173 del código penal que prescribe que se considera “violación sexual de menor de edad, cuando se tiene acceso carnal (...) con un menor de edad, será reprimido con las siguientes penas privativas de la libertad.

Si la víctima tiene entre catorce (14) años de edad y menos de dieciocho (18), la pena será no menor de veinticinco ni mayor de treinta años.

5.4. Teniendo en consideración que en nuestra entidad del 100% de la población que se entiende, el 13% son menores de 18 años, por lo que los profesionales médicos que atienden a estas pacientes menores de edad están obligados a informar a la autoridad competente el primer día de la atención.

V. DISPOSICIONES ESPECÍFICAS

6.1. El servicio de Obstetricia- A 7 (Ex Adolescencia), y los demás servicios que atienden a menores de 18 años de edad informarán en el día del ingreso de las pacientes menores de edad a la Dirección Ejecutiva de Investigación, Docencia y Atención de obstetricia y Ginecología, los ingresos con los siguientes datos: Servicio de procedencia, número de cama, historia clínica, nombre de la paciente, edad, diagnóstico de ingreso.

6.2. La Dirección Ejecutiva de la Oficina Ejecutiva de Obstetricia y Ginecología elevará en el día a la Dirección General y la oficina de Asesoría Jurídica para que se remita a la Fiscalía.

6.3. La Dirección General enviará a la Dirección Ejecutiva de la Oficina Ejecutiva de Obstetricia y Ginecología el cargo de recepción de la Fiscalía en el día, cuya copia se archivará en la Historia Clínica de paciente informada.

6.4. Los informes médico, social y psicológico se elaboraran en el día de ingreso bajo responsabilidad.

6.5. Los informes se harán en 4 copias. Una copia quedará en la Historia Clínica para el Fiscal, otra copia para la jefatura de Obstetricia-A (Ex Adolescencia), otra copia para la Oficina de Asesoría Jurídica y una copia que se queda adjunta al expediente original.

6.6. La Dirección general deriva dicha información a la Oficina de Asesoría Jurídica para que a través de la Dirección General informe a la autoridad competente.

6.7. Una vez, comprobado que los documentos mediante el cual se informo la situación de la menor a la autoridad competente, ha sido decepcionado por esta y la paciente se encuentra en condición de alta médica. **No existe ningún impedimento para retenerla.**

6.8. La trabajadora social del servicio correspondiente con la disposición fiscal o sin ella, efectuará la entrega de la paciente menor de edad a un familiar directo o representante legal, previa verificación del vínculo familiar y acreditación de domicilio. (Ha excepción de los casos que son puestos a disposición del Juzgado de Familia de Turno).

6.9. La trabajadora social deberá archivar en el día el acta de entrega de la menor en su Historia Clínica y remitir copia de dicha acta a la Dirección General para dar cuenta a la autoridad competente que tuvo conocimiento de la atención de la menor en nuestra entidad.

6.10. Es obligación de los profesionales de salud y personal en general dar estricto cumplimiento a lo dispuesto por la autoridad competente en el término de la distancia.

VII. RESPONSABILIDADES

La aplicación y difusión de la presente Directiva es responsabilidad de la Dirección ejecutiva de Investigación, Docencia y Atención en obstetricia y Ginecología, Dirección Ejecutiva de Apoyo de especialidades medicas y servicios complementarios del Instituto Nacional Materno Perinatal.

VIII. DISPOSICIONES FINALES

El cumplimiento de lo dispuesto en la presente Directiva acarrea responsabilidad administrativa del profesional de salud y personal en general del Instituto Nacional Materno Perinatal, sin perjuicio de la responsabilidad judicial que se derive del cumplimiento de la presente directiva.

Lima, 01 de septiembre del 2006.

**PROYECTOS LEGISLATIVOS
PRESENTADOS PARA LA
DISMINUCIÓN PARA LA EDAD
DEL CONSENTIMIENTO SEXUAL**

§. 07. LISTADO

§01. Proyecto de Ley N° 14701/2005-CR

Sumilla: Propone modificar los artículos 170° y 173° del Código penal reduciendo la edad del consentimiento a los 14 años de edad.

Presentación: 18 de mayo del 2006

Congresista: Mercedes Cabanilla Bustamante

Legislatura: Segunda Legislatura Ordinaria 2005

§02. Proyecto de Ley N° 207/2006-CR

Sumilla: Propone modificar los artículos 170° y 173° del Código penal reduciendo la edad del consentimiento a los 14 años de edad.

Presentación: 14 de septiembre del 2006

Grupo Parlamentario: Partido Aprista Peruano

Legislatura: Primera Legislatura Ordinaria 2006

§03. Proyecto de Ley N° 1055/2006-CR

Sumilla: Propone modificar los artículos 170°, 171°, 172° y 173° del Código penal reduciendo la edad del consentimiento a los 14 años de edad.

Presentación: 07 de marzo del 2007

Congresista: Alejandro A. Rebaza Martell

Legislatura: Segunda Legislatura Ordinaria 2006

§04. Proyecto de Ley N° 3189/2008-CR

Sumilla: Propone modificar el art. 173° del código penal incorporando el elemento prevalecimiento.

Presentación: 22 de abril del 2008

Congresista: Daniel F. Abugattás Majluf

Legislatura: Segunda Legislatura Ordinaria 2008

§01. Proyecto de Ley N° 14701/2005-CR

Sumilla: Propone modificar los artículos 170° y 173° del Código Penal reduciendo la edad del consentimiento a los 14 años de edad.

Presentación: 18 de mayo del 2006

Legislatura: Segunda Legislatura Ordinaria 2005

Congresista: Mercedes Cabanillas Bustamante

El Congreso de la República ha dado la ley siguiente:

Art. 1°.- Modificación de los artículos 170° y 173° del Código penal

Modifícase los artículos 170° y 173° del Código penal, cuyo texto en lo sucesivo será el siguiente:

"Art. 170°.- Violación sexual

El que con violencia o grave amenaza, obliga a una persona a tener acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de seis ni mayor de ocho años.

La pena será no menor de doce ni mayor de dieciocho años e inhabilitación conforme corresponda:

1. Si la violación se realiza a mano armada o por dos o más sujetos.
2. Si para la ejecución del delito se haya prevalido de cualquier posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima, o de una relación de parentesco o por ser ascendiente, cónyuge de éste, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción, o afines de la víctima.
3. Si fuera cometido por personal perteneciente a las fuerzas armadas, Policía Nacional del Perú, Serenazgo, Policía Municipal vigilancia privada, en ejercicio de su función pública.
4. Si el autor tuviere conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave.
5. Si el autor es docente o auxiliar de educación del centro educativo donde estudia la víctima.

La pena será no menor de veinticinco ni mayor de treinta años, si la víctima tiene entre catorce años de edad y menor de dieciocho. Si el agente tuviera cualquier posición, cargo o vínculo familiar que le dé particular autoridad sobre la víctima o le impulse a depositar en él confianza, la pena será de cadena perpetua".

"Art. 173°.- Violación sexual de menor de edad

El que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de edad, será reprimido con las siguientes penas privativas de la libertad:

1. Si la víctima tiene menos de diez años de edad, la pena será de cadena perpetua.
2. Si la víctima tiene entre diez años de edad, y menos de catorce, la pena será no menor de treinta años, ni mayor de treinta y cinco años.

Si el agente tuviera cualquier posición, cargo o vínculo familiar que le dé particular autoridad sobre la víctima o le impulse a depositar en él confianza la pena para los sucesos previstos en el inciso 2 será la cadena perpetua".

Art. 2°.- De las normas derogatorias

Deróganse las normas legales que se opongan a la presente ley.

Exposición de motivos

I. El objetivo del proyecto

La iniciativa legislativa busca modificar los artículos 170 y 173 del Código penal, que fueron modificados recientemente por la Ley N° 28704 (05/04/2006), con el propósito de precisar

adecuadamente el tipo penal del delito de violación sexual en agravio de menores de edad, entre catorce años de edad y menos de dieciocho.

II. Fundamentación de la iniciativa legislativa

1. La ley N° 28704 modificó varios artículos del Código penal relativos a los delitos contra la libertad sexual- incluyendo los artículos 170° y 173° - referidos al delito de violación sexual (tipo general y sus agravantes) y al delito de violación de menores.

2. Antes de la Ley N° 28704, el artículo 173° del Código penal criminalizaba el delito de violación sexual de menores de catorce años, con penas que oscilaban entre 20 años de privación de la libertad y cadena perpetua, según el rango de la edad y determinadas circunstancias agravantes. El tipo penal, previsto en el artículo 173°, protegía a la “indemnidad sexual o indemnidad sexual” de los menores de catorce años de edad. Ello, porque el derecho penal entiende que estos menores no pueden ejercer jurídicamente su libertad sexual. En estos casos, penalmente “se sanciona la actividad sexual en sí misma, aunque exista tolerancia de la víctima, lo protegido son las condiciones físicas y psíquicas para el ejercicio sexual en libertad”³⁴⁹ (1)

3. Con la Ley N° 28704, se modificó el artículo 173° del Código penal, incluyendo dentro de la “indemnidad sexual o indemnidad sexual” las víctimas entre catorce años de edad, y menores de dieciocho años, con lo cual se sanciona penalmente la actividad sexual realizada con menores entre 14 años y menores de 18 años. Es decir, se puede llegar al exceso de sancionar penalmente a una persona que tiene 18 años y que haya tenido actividad sexual con una menor de 17 años. Además, resulta contradictorio penalizar la actividad sexual de los adolescentes, cuando los menores de 16 años de edad pueden contraer matrimonio, conforme al artículo 241 numeral 1) del Código Civil.

4. La situación descrita nos obliga a modificar los artículos 170° y 173° del Código penal sin abandonar la premisa de sancionar drásticamente a los autores del delito de violación sexual. En este sentido, el supuesto en que la víctima tiene entre catorce y menos de dieciocho años de edad debe mantenerse como una modalidad agravada del delito de violación sexual, pero bajo el tipo penal genérico previsto en el artículo 170 del Código penal, que refiere que “mediante violencia o grave amenaza”, tal como estaba tipificado antes de la modificación incorporada por la Ley N° 28704.

5. Finalmente, podría mantenerse la sanción propuesta en la Ley N° 28404, que establece la pena privativa de libertad, entre 25 y 30 años de prisión para los violadores de menores de edad entre 14 y 18 años de edad. Cuando la forma es agravada, es decir, si el agente tiene una posición de autoridad, vínculo familiar o de confianza, la pena es de cadena perpetua.

III. Efectos de la iniciativa legislativa en la legislación vigente

La iniciativa legislativa busca modificar los artículos 170° y 173° del Código penal, relacionados con el delito de violación sexual con el propósito de tipificar adecuadamente dicho delito en agravio de menores de edad.

IV. Análisis de costo beneficio

La iniciativa legislativa no irriga mayor gasto para el tesoro público, porque son propuestas que buscan tipificar adecuadamente el tipo penal del delito contra la libertad sexual de menores de edad. No tiene implicancia económica.

³⁴⁹ (1) Cf. CARO CORIA y SAN MARTÍN CASTRO, *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Grijley, Lima, 2000, p. 69.

§02. Proyecto de Ley N° 207/2006-CR

Presentación: 14 de septiembre del 2006

Grupo Parlamentario: Partido Aprista Peruano

Sumilla: Propone modificar los artículos 170° y 173° del Código penal reduciendo la edad del consentimiento a los 14 años de edad.

Legislatura: Primera Legislatura Ordinaria 2006

El Congreso de la República ha dado la Ley siguiente:

Art. 1°.- Modificación de los artículos 170° y 173° del Código penal

Modifícanse los artículos 170° y 173° del Código Penal, cuyo texto en lo sucesivo será el siguiente:

"Art. 170°.- Violación Sexual

El que con violencia o grave amenaza, obliga a una persona a tener acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de ocho años.

La pena será no menor de doce ni mayor de dieciocho años e inhabilitación conforme corresponda:

1. Si la violación se realiza mano armada o por dos o más sujetos.
2. Si para la ejecución del delito se haya prevalido de cualquier posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima, o de una relación de parentesco por ser ascendiente, cónyuge de éste, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción o afines de la víctima.
3. Si fuere cometido por personal perteneciente a las Fuerzas Armadas, Policía Nacional del Perú, Serenazgo, Policía Municipal o vigilancia privada, en ejercicio de su función Pública.
4. Si el autor tuviere conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave.
5. Si el autor es docente o auxiliar de educación del Centro Educativo donde estudia la víctima.

Siempre que medie violencia o amenaza, la pena será no menor de 25 ni mayor de 30 años, si la víctima tiene entre 14 años de edad y menos de 18. Si el agente tuviere cualquier posición, cargo o vínculo familia que le dé particular autoridad sobre la víctima o le impulse a depositar en él confianza, la pena será de cadena perpetua.

"Art. 173°.- Violación sexual de menor de edad

El que tiene acceso carnal por la vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primera vía, con un menor de edad, será reprimido con las siguientes penas privativas de libertad:

1. Si la víctima tiene menos de diez años de edad, la pena será de cadena perpetua.
2. Si la víctima tiene entre diez años de edad, menos de catorce, la pena será no menor de treinta años, ni mayor de treinta y cinco años.

Si el agente tuviere cualquier posición, cargo o vínculo familiar que le de particular autoridad sobre la víctima o le impulse a depositar en él confianza, la pena para los sucesos previstos en el inciso 2 será la cadena perpetua".

Art. 2°- De las normas derogatorias

Deróganse las normas legales que se opongan a la presente ley.

Exposición de motivos

I. El objeto del proyecto

La iniciativa legislativa busca modificar los artículos 170° y 173° del Código penal, que fueran modificados recientemente por la Ley N° 28704 (05/04/2006) con el propósito de precisar

adecuadamente el tipo penal de delito de violación sexual en agravio de menores de edad, entre catorce años de edad y menos de dieciocho.

II. Fundamentación de la iniciativa legislativa

1. La Ley N° 28704 modificó varios artículos del Código penal relativos a los delitos contra la libertad sexual –incluyendo los artículos 170° y 173°– referidos al delito de violación sexual (tipo general y sus agravantes) y al delito de violación de menores.

2. Antes de la Ley N° 28704, el artículo 173° del Código penal criminalizaba el delito de violación sexual de menores de catorce años, con penas que oscilaban entre 20 años privación de la libertad y cadena perpetua, según el rango de edad y determinadas circunstancias agravantes. El tipo penal, previsto en el artículo 173°, protegía la *"intangibilidad sexual o indemnidad sexual"* de los menores de catorce años de edad. Ello, porque el derecho penal entiende que estos menores no pueden ejercer jurídicamente su libertad sexual. En estos casos, penalmente *"se sanciona la actividad sexual en sí misma, aunque exista tolerancia de la víctima, lo protegido son las condiciones físicas v psíquicas para el ejercicio sexual en libertad"*³⁵⁰ (1) .

3. Con la Ley N° 28704, se modificó el artículo 173° del Código penal, incluyendo dentro de la *"intangibilidad sexual indemnidad sexual"* a las víctimas entre catorce años de edad, y menores de dieciocho años, con lo cual se sanciona penalmente la actividad sexual realizada con menores entre 14 años y menores de 18 años. Es decir, se puede llegar al exceso de sancionar penalmente a una persona que tiene 18 años y que haya tenido actividad sexual con una menor de 17 años. Además, resulta contradictorio penalizar la actividad sexual de los adolescentes, cuando los menores de 16 años de edad pueden contraer matrimonio, conforme al artículo 241° numeral 1) del Código civil.

4. La situación descrita nos obliga a modificar los artículos 170° y 173° del Código penal sin abandonar la premisa de sancionar drásticamente a los autores del delito de violación sexual. En este sentido, el supuesto en que la víctima tiene entre catorce y menos de dieciocho años de edad debe mantenerse como una modalidad agravada del delito de violación sexual, pero bajo el tipo penal genérico previsto en el artículo 170° del Código penal, que requiere que *"medie violencia o grave amenaza"*, tal como estaba tipificado antes de la modificación incorporada por la Ley N° 28704.

5. Finalmente, podría mantenerse la sanción propuesta en la Ley N° 28704, que establece la pena privativa de libertad, entre 25 y 30 años de prisión para los violadores de menores de edad entre 14 y 18 años de edad. Cuando la forma es agravada, es decir, si el agente tiene una posición de autoridad, vínculo familiar o de confianza, la pena es de cadena perpetua.

III. Efectos de la iniciativa legislativa en la legislación vigente

La iniciativa legislativa busca modificar los artículos 170° y 173° del Código penal, relacionados con el delito de violación sexual con el propósito de tipificar adecuadamente dicho delito en agravio de menores de edad.

IV. Análisis costo beneficio

La iniciativa legislativa no irroga mayor gasto para el tesoro público, porque son propuestas que buscan tipificar adecuadamente el tipo penal del delito contra la libertad sexual de menores de edad. No tiene implicancia económica.

³⁵⁰ (1) Cf. CARO CORIA y SAN MARTÍN CASTRO, *Delitos contra la Libertad Sexual e indemnidad Sexuales*, Grijley, Lima, 2000, p. 69

§03. Proyecto de Ley N° 1055/2006-CR
Presentación: 07 de marzo del 2007
Congresista: Alejandro A. Rebaza Martell
Sumilla: Propone modificar los artículos 170°, 171°, 172° y 173° del Código penal reduciendo la edad del consentimiento a los 14 años de edad.
Legislatura: Segunda Legislatura Ordinaria 2006

Ley que modifica los artículos 170°, 171°, 172° y 173° del Código penal

Art. 1°.- Incorporase a los artículos 170°, 171° y 172° del Código penal el siguiente párrafo:

"Art. 170°.- Violación sexual (...)

La pena será no menor de 25 ni mayor de treinta años e inhabilitación si la víctima tiene entre catorce años de edad y menos de dieciocho".

"Art. 171°.- Violación sexual (...)

La pena será no menor de 25 ni mayor de treinta años e inhabilitación si la víctima tiene entre catorce años de edad y menos de dieciocho".

"Art. 172°.- Violación sexual (...)

La pena será no menor de 25 ni mayor de treinta años e inhabilitación si la víctima tiene entre catorce años de edad y menos de dieciocho".

Art. 2°.- Modifícase el artículo 173° del Código penal, conforme al siguiente texto:

"Art. 173°.- Violación sexual de menor de catorce años de edad

El que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de edad, será reprimido con las siguientes penas privativas de la libertad:

1. Si la víctima tiene menos de diez años de edad, la pena será de cadena perpetua.
2. Si la víctima tiene entre diez años de edad, y menos de catorce, la pena será no menor de treinta años, ni mayor de treinta y cinco años.

Sin el agente tuviere cualquier posición cargo o vínculo familiar que le dé particular autoridad sobre la víctima o le impulse a depositar en él confianza, la pena para los sucesos previstos en los incisos 2 y 3, será de cadena perpetua".

Exposición de motivos

I. Cuestiones preliminares

1. Antecedentes

La presente propuesta legislativa tiene como base el Proyecto de Ley N° 207/2006-CR, del 14 de setiembre de 2006, presentado por la congresista de la República Mercedes Cabanilla Bustamante, el mismo que plantea la modificación de los artículos 170° y 171° del Código penal, en el sentido que se penalicen las violaciones contra la libertad e indemnidad sexuales producidas contra personas mayores de 14 y menores de 18 años de edad, siempre y cuando concurren como elementos perturbadores de dicha libertad y determinantes para la comisión del acto la **VIOLENCIA** o la **AMENAZA** en contra de la víctima, derogándose el numeral 3 del artículo 173° del Código penal, el mismo que fuera introducido en virtud de la expedición de la Ley N° 28704.

No obstante ello, con el ánimo de perfeccionar y coadyuvar a la aprobación de la propuesta de la Congresista Cabanillas Bustamante, hemos preparado una propuesta legal que, recogiendo la proposición mencionada, propulse un mejor tratamiento de la regulación penal de los delitos en contra

de la libertad e indemnidad sexuales de los mayores de 14 y menores de 18 años. Para ello hemos adicionado al texto del proyecto la modificación de los artículos 171° y 172° del Código penal, a efectos de que no decaigan en atípicas las conductas que violenten la libertad sexual de estos menores de edad mediante su colocación en estado de inconsciencia o en imposibilidad de resistir (artículo 171°), o cuando dichos menores se encuentren en incapacidad de resistir por factores psicobiológicos u otros (artículo 172°).

2. Libertad

El derecho, es concebido como conjunto de experiencias jurídicas, que se expresan a través de las relaciones intersubjetivas. El derecho es una creación del ser humano, quien por lo tanto es su protagonista y depositario. El derecho "(...) *a través del aparato normativo, se halla al servicio del hombre coexistencia!, para asegurarle el libre desenvolvimiento de su libertad creando situaciones propicias de justicia y seguridad, de todo lo que dimanará la paz. El hombre, que es un ser libre, requiere, pese a los enormes condicionamientos a que está sometido en su vida, realizarse según el llamado de su vocación personal, única e intransferible. Para ello exige, necesita, poseer los medios adecuados, culturales, económicos, salud, etc. El derecho a través de las normas, debe coadyuvar a obtener todo ello*"³⁵¹ (1).) (Las negritas son nuestras).

Estas sabias palabras del maestro Carlos Fernández Sessarego no hacen más sino reafirmar que la libertad es la piedra fundamental de todo ordenamiento legal que se precie de ser garantista y respetuoso de los derechos fundamentales. Y es que la libertad es el atributo más sublime de la vida humana; es el contenido esencial de la dignidad humana, cuya protección se encuentra constitucionalmente protegida en el artículo I de nuestra Carta Magna³⁵² (2). Es de esta forma que, como sostiene el maestro Fernández Sessarego, el derecho debe ser liberador; adicionalmente, él asevera que *"La principal función del derecho es asegurar, mediante la justicia y la seguridad, el que cada hombre, y con él la comunidad toda, se realice y no se frustre. Para el logro de este fundamental propósito debe, lamentablemente, acudir a la sanción, desde que existen hombres con tendencias asociales, dispuestos a frustrar un proyecto de vida colectivo. Sin embargo, y esto es conveniente tenerlo presente, el rol decisivo del derecho no es la sanción, la represión. Esta es un subproducto, está subordinada a la finalidad primigenia del derecho que es, como está dicho liberadora. El prius, lo primero, es la libertad. La sanción tiene sólo sentido en tanto está dirigida contra aquellos que no practican la solidaridad y atentan contra la libertad como proyecto personal o social. Y al mencionar a la libertad, debemos incidir en que ella, a su vez, se sustenta en la justicia y seguridad, ya que la no vivencia de estos valores convierte a la libertad en una yana ilusión*"³⁵³(3). (Las negritas son nuestras).

Recordemos que, como dice el profesor italiano Norberto Bobbio parafraseando a Jhering, el fin es el creador de todo el Derecho³⁵⁴ (4), circunstancia que constriñe al legislador a delimitar la configuración de las instituciones legales centrándose en la idoneidad de la misma para el logro de los fines planteados, los mismos que jamás pueden ir en contra de la libertad de los seres humanos.

3. Libertad e indemnidad sexuales

El profesor José Luis Castillo Alva, quien ha profundizado en el tema de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales mediante una serie de resplandecientes investigaciones, sostiene que la libertad sexual "(...) *es una concreción y manifestación individual de la libertad personal que expresa la*

³⁵¹ (1) FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Libertad, Constitución y Derechos Humanos*. V. 1., San Marcos, Lima, 2003, p. 14.

³⁵² (2) Artículo 1° de la Constitución Política del Perú: "La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado."

³⁵³ (3) FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Op. cit.*, p. 15.

³⁵⁴ (4) BOBBIO, "La Naturaleza de las Cosa", en *Contribución a la Teoría del Derecho*, Debate, 1990, p. 149.

*facultad y el poder de autodeterminarse de manera espontánea y sin coacción externa, abuso o engaño dentro del ámbito de las conductas sexuales*³⁵⁵ (5). Para Miguel Bajo Fernández, refiriéndose a las acepciones positivas y negativas, la libertad sexual es por un lado, "(...) *la libre disposición del propio cuerpo, sin más limitaciones que el respeto a la libertad ajena; y como facultad de repeler agresiones sexuales de terceros*"³⁵⁶ (6). En este mismo sentido, Caro Coria señala que en sentido positivo, la libertad sexual "(...) *se concreta en la capacidad de la persona de disponer libremente de su cuerpo para efectos sexuales*"; en sentido negativo, aquella "(...) *se concreta en la capacidad de la persona de negarse a ejecutar o tolerar actos sexuales en los que no desea intervenir*"³⁵⁷ (7).

Por otro lado, la indemnidad sexual es "(...) una manifestación de la dignidad de la persona humana y el derecho que todo ser humano tiene (...) a un libre desarrollo de la personalidad sin intervenciones traumáticas en su esfera íntima por parte de terceros, las cuales pueden generar huellas indelebles en el psiquismo de la persona para toda la vida"³⁵⁸ (8). En la misma línea Muñoz Conde se refiere a ésta como la protección de menores e incapacidad orientada a evitar ciertas influencias que, inciden de manera negativa en el desarrollo futuro de la personalidad³⁵⁹ (9).

II. Problemática

Mediante la Ley N° 28704 se modificaron los artículos 170°, 171°, 172°, 173°, 174° y 175° del Código penal, destacándose, para efectos de esta proyecto, aquella realizada al artículo 173° del referido cuerpo normativo.

A través de dicha reforma se tipificó el delito de acceso carnal sexual sobre una menor cuando la víctima tiene una edad cronológica entre 14 y 18 años de edad. A partir del 06 de Abril, fecha de promulgación de la norma aludida, toda relación sexual en la que intervengan personas mayores de 14 y menores de 18 años es considerada un delito, sin importar si dicho sujeto haya prestado su consentimiento y no se haya empleado violencia, grave amenaza o engaño. Y no sólo es delito cuando en la mencionada relación participen adultos (mayores de 18 años) y adolescentes (mayores de 14 y menores de 18 años), sino también cuando todos los participantes de la relación sean adolescentes. De ocurrir esto último, estaremos frente a menores infractores y, pese a que no se abrirá proceso penal, los adolescentes serán sometidos al Código del Niño y del Adolescente.

Como era de esperarse esta disposición ha generado una seria reacción por parte de la doctrina nacional más especializada, la que sostiene que se ha dado la espalda a una realidad social no sólo propia de la sociedad peruana, sino de la mundial. Entre las opiniones vertidas en nuestro medio, son resaltantes las críticas del profesor Castillo Alva³⁶⁰ (10), las mismas que reseñamos a continuación:

A) La nueva ley al prohibir y castigar las relaciones sexuales con personas cuya edad está fijada entre los 14 y los 18 años, parte de una valoración negativa del ejercicio de la sexualidad en los adolescentes, que concibe a las prácticas sexuales en los adolescentes como lesivas o que causan un determinado daño a un bien jurídico es que queda justificada su configuración como delito.

³⁵⁵ (5) CASTILLO ALVA, *Tratado de los Delitos contra la Libertad e Indemnidad Sexuales*, Gaceta Jurídica, Lima, 2002, p. 21.

³⁵⁶ (6) BAJO FERNÁNDEZ, *Delitos contra la Libertad y Seguridad, Libertad Sexual, Honor, Estado Civil*, Ceura, Madrid, 1995, p. 179.

³⁵⁷ (7) CARO CORIA y SAN MARTÍN CASTRO, *Delitos contra la Libertad Sexual e Indemnidad Sexual*, Grijley, Lima, 2000.

³⁵⁸ (8) CASTILLO ALVA, *Op. cit.*, p. 52.

³⁵⁹ (9) MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant Lo Blanch, Barcelona, 1996, p. 178.

³⁶⁰ (10) CASTILLO ALVA, "La muerte de la sexualidad en los adolescentes. La Ley N° 28704 y la irresponsabilidad del legislador", en *Actualidad Jurídica*. Gaceta Jurídica, T. 149, 2006, abril, pp. 14 y 15.

B) El legislador pasa por alto que el ejercicio de la sexualidad en las personas y en particular en los jóvenes forma parte del libre desarrollo de su personalidad y de la dignidad de la persona humana, que no puede ni debe ser suprimida arbitrariamente sin que se socave la esencia misma de la capacidad de autodeterminación y el núcleo de la misma dignidad humana. Los jóvenes desde una determinada edad, que coincide con determinados condicionamientos biológicos, emocionales, psicológicos y culturales, tienen derecho al ejercicio de la libertad sexual.

C) La conclusión a la que llegó el legislador y que ha determinado la expedición de la Ley N° 28704 no se basa en ningún sustento empírico, ya sea en una investigación de campo de carácter psicológico, psiquiátrico o sociológico. Se trata de una norma que configura un delito sobre la base exclusiva de una valoración arbitraria sin respaldo científico. No hay justificación alguna para que una conducta que se estimaba lícita y permitida hoy se convierte en un delito grave, merecedor de una pena tan dura.

D) La tutela penal de un bien jurídico debe cumplir con las exigencias de idoneidad y necesidad, demostrando al menos de manera racional que la adopción del Derecho penal mejorará sustancialmente la conservación del bien jurídico que es imposible lograrlo acudiendo a otros ámbitos y sectores del ordenamiento jurídico o del control social; de tal manera que si se demuestra que otros mecanismos sociales o jurídicos cumplen mejor ese papel tuitivo o protector debe prescindirse del Derecho penal. En el mismo sentido si se demuestra que la utilización del *ius puniendi* trae consigo consecuencias más perjudiciales, nocivas o perturbadoras que beneficiosas no habrá justificación alguna del Derecho penal. Ello ocurre primariamente con la configuración del abuso sexual cuando se extiende su alcance hasta el límite de los 18 años, criminalizando un comportamiento (relación sexual) que lejos de generar distorsiones y afecciones psicológicas o somáticas graves en el adolescente es compatible con el libre desarrollo de su personalidad.

E) El legislador pretende “proteger” a los jóvenes entre los 14 a 18 años de edad de las relaciones sexuales que puedan tener con sus respectivas parejas al margen de la edad de las mismas y de la clase de relaciones que se practiquen (relacionales homosexuales o heterosexuales). Se olvida que el Derecho penal no puede sustituir una adecuada educación sexual o la moral familiar, como tampoco puede neutralizar el efecto invasivo de los medios de comunicación en el tratamiento de la sexualidad o cambiar los condicionamientos culturales que promueven un aprendizaje sexual temprano. En suma, el Derecho penal no es ni debe ser como el legislador peruano lo piensa con la expedición de la Ley N° 28704- la *prima ratio* en la protección de los bienes jurídicos.

F) Por otro lado, debe recordarse que el legislador no puede crear de la nada bienes jurídicos, inventarlos o extenderlos caprichosamente más allá de sus límites normativos o empíricos.

Con razón, la doctrina alude a la necesidad que haya un sustrato material del bien jurídico, requisito que no se cumple cuando de manera antojadiza y arbitraria se extiende la indemnidad sexual -bien jurídico protegido en el delito de abuso sexual hasta los 18 años. La necesidad de proteger la indemnidad sexual o de preservar el desarrollo sexual de los menores evitando contactos o relaciones sexuales no tiene una vigencia ilimitada o un alcance general. El legislador solo debe proteger penalmente los bienes jurídicos en la medida que el portador y titular del bien no se encuentre en la capacidad cognocitiva o valorativa de protegerlos. En cambio, cuando el titular del bien jurídico ya goza de autodeterminación o de una mínima capacidad de disposición, el Derecho penal no debe imponer sobre la voluntad individual la tutela de un bien jurídico, sin que con ello no se revele de manera palmaria un Derecho penal autoritario. En pocas palabras: cuando la persona (entre los 14 a 18 años), que cuenta con una mínima pero adecuada conciencia para disponer de sus bienes jurídicos personales (sexualidad), pretende relacionarse sexualmente con un tercero como manifestación de su libertad, de su capacidad de autodeterminación, de una elección libre y porque es una expresión de la dignidad de la persona humana, el Derecho penal no puede ni debe criminalizar dicha manifestación espontánea de su libertad convirtiendo un acto positivo y libre en un delito, imponiéndole una pena tan severa.

G) La ampliación del límite temporal máximo en el abuso sexual a los 18 años constituye una lamentable involución y contraste con los desarrollos legislativos y aportes del Derecho Comparado en esta materia, las cuales se caracterizan por una mayor flexibilización y reducción de la edad al momento de configurar el delito de abuso sexual de menores, fijando como barrera máxima de protección de la indemnidad sexual los 12 o 13 años. Se advierte en todos los casos una tendencia a rebajar la edad que usualmente se mantenía entre los 16 a 14 años para fomentar un correcto ejercicio de la libertad sexual. Lamentablemente, el legislador incurriendo en una práctica retrógrada y de manera contraria a lo señalado por las legislaciones de nuestra órbita cultural, lejos de disminuir el límite máximo de la edad del abuso sexual, lo ha aumentado. Con ello, el Perú se asemeja más a los países musulmanes que a las legislaciones latinoamericanas o que ejercen una tendencia racional inequívoca en el mundo"³⁶¹ (11).

Sobre el mismo tema, el abogado David Panta Cueva señaló que con la emisión de la Ley N° 28704 el legislador ha cometido un craso error, en tanto "(...) este dispositivo peca por sobre penalizar la conducta y de alguna forma atenta contra la fisiología misma de la persona y, peor aún, atenta contra lo usual, lo cotidiano, la realidad de lo que se ha dado y se viene dando, en el sentido de que los jóvenes en edad de madurez fisiológica tiene(n) trato carnal, de acuerdo con su inclinación sexual. Así, una jovencita de 17 años de edad y un joven de 18 años, a través de este precepto están terminantemente prohibidos (sobre todo el joven) de tener trato sexual (...)"³⁶² (12).

III. Propuesta legislativa

Ante esta luctuosa realidad, es necesario que se reconsidere el tratamiento penal brindado a las relaciones sexuales entre debe reformularse, buscando proteger la libertad sexual de aquellos seres humanos que se encuentren en condiciones de determinar libremente la forma como ejercita su sexualidad.

De esta manera hemos creído conveniente plantear las siguientes proposiciones legislativas:

- Abrogar el numeral 3 del artículo 173° del Código penal, restableciendo de este modo que a partir de los 14 años, las personas tienen la capacidad de decidir libremente el ejercicio de su sexualidad, renombrándose, en consecuencia, el *nomen iuris* del tipo a "Violación sexual a menor de catorce años de edad."
- Incluir dentro de los artículos 170°, 171° y 172° del Código penal un párrafo adicional por el cual se penalice la violación de libertad sexual en contra de personas cuya edad oscile entre los catorce y menos de dieciocho años. De no adicionarse este párrafo, el quebrantamiento de la libertad e indemnidad sexuales, mediante violencia o grave amenaza, resultaría atípico.

Efectos de la vigencia de la norma sobre la legislación nacional

La norma propuesta incorpora un párrafo a los artículos 170°, 171° y 172°, respectivamente, y deroga el numeral 3° del artículo 173° del Código penal aprobado por Decreto Legislativo N° 635°,

³⁶¹ (11) El artículo 181.2° del Código penal español de 1995 (...), establece que no mediando violencia, intimidación o engaño "(...) se consideran abusos sexuales no consentidas los que se ejecuten sobre menores de trece Mas, sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare". De esta manera se observa como el ordenamiento jurídico español crea una presunción jure et de jure respecto de la inexistencia, en todos los casos en que intervengan personas menores de 13 años, de consentimiento para realizar el acto sexual. En esta misma línea, el artículo 119° del Código penal argentino también contempla como 13 años a la edad permitida para la actividad sexual.

³⁶² (12) PANTA CUEVA "La desacertada reforma de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales", en *Actualidad Jurídica*, Editorial Gaceta Jurídica, T. 149, 2006, abril, p. 22.

restableciendo la libertad e indemnidad sexuales a partir de los catorce años de edad, y tipificando el delito violación de la libertad e indemnidad sexuales cometidos contra personas entre 14 y menores de 18 años de edad.

IV. Análisis costo beneficio

La presente propuesta legislativa lejos de ser analizada con los patrones del costo-beneficio, debe evaluarse con criterio del costo social que implica el no adoptarla, es decir, cual es el costo social de la vulneración de uno de los derechos fundamentales más preciados de las personas: la libertad de decidir independientemente la forma cómo desarrollará y a ejercitará su sexualidad.

El análisis costo-beneficio nos llevaría a proporcionar una medida de los costos en que se incurren en la no realización de la modificatoria del Código penal, y a su vez compararlos con los beneficios esperados de la modificatoria misma; sin embargo para el presente caso es correcto realizar un análisis costo-eficiencia, considerando que para el presente caso los costos son tangibles, es decir se pueden medir en alguna unidad económica, mientras que los beneficios son intangibles, es decir se dan de forma subjetiva.

Lo que se pretende afirmar es que el exigido análisis costo- beneficio nos llevaría a un razonamiento sin sentido jurídico en el cual pretenderíamos valorar y comparar el costo de la propuesta legislativa con la consagración de la libertad e indemnidad sexuales en personas mayores de catorce años en nuestra sociedad.

En este orden de ideas, a lo largo de la exposición de motivos, hemos demostrado cómo la vigencia de la norma propuesta posibilitará de manera eficaz que las personas mayores de catorce años, quienes se encuentran fisiológicamente aptas, puedan iniciar el desarrollo de su sexualidad conforme a sus cánones de vida.

§04. **Proyecto de Ley N° 3189/2008-CR**
Presentación: 22 de abril del 2008
Congresista: Daniel Fernando Abugattás Majluf
Sumilla: Propone modificar el art. 173° del código penal incorporando el elemento prevalecimiento.
Legislatura: Segunda Legislatura Ordinaria 2008

Ley que modifica el artículo 173 del código penal: Despenaliza las relaciones sexuales con adolescentes con libre y pleno consentimiento, y crea el delito de violación de menor de edad por prevalimiento

Contenido:

I. Exposición del Proyecto, 2. Justificación de la propuesta legislativa, II. Efectos de la vigencia de la norma propuesta. III. Análisis comparativo entre el costo y el beneficio de la aprobación de la propuesta. IV- Fórmula legal.

I. Exposición de Motivos

1. Planteamiento de la propuesta legislativa

La presente propuesta legislativa persigue dos finalidades

- Modificar el artículo 173 del código penal, despenalizando las relaciones sexuales con adolescentes entre los 14 y los 18 años de edad.
- Penalizar las relaciones sexuales con adolescentes mayores de 4 años y menores de 18 años, cuando se produzcan por prevalimiento o aprovechamiento de situación de poder, autoridad o ascendencia sobre el menor que genere un vicio en su voluntad.

2. Justificación

La actual penalización de las relaciones sexuales de menores entre los 14 y los 18 años de edad y la necesidad de su despenalización cuando medie consentimiento libre y pleno

La entrada en vigencia de la ley 28704 (abril de 2006) ha puesto en entredicho los derechos sexuales de las y los adolescentes al ampliar el límite de la indemnidad sexual hasta los 18 años de edad. Esta Ley tipifica como delito de violación y sanciona severamente cualquier relación sexual sostenida con una persona mayor de 14 años y menor de 18 años, sin tomar en consideración si es que hubo consentimiento del menor, o no.

El texto es reproducido a continuación:

Art. 173.- El que tiene acceso carnal (...), con un menor de edad, será reprimido con las siguientes penas privativas de la libertad.

1. Si la víctima tiene menos de diez años de edad, la pena será de cadena perpetua.
2. Si la víctima tiene entre diez y años de edad, y menos de catorce,, la pena será no menor de treinta años, ni mayor de treinta y cinco.
3. Si la víctima tiene entre catorce años y menor de dieciocho, la pena será no menor de veinticinco ni mayor de treinta años.

Si el agente tuviera alguna posición, cargo o vínculo familiar que le dé particular autoridad sobre la víctima o le impulse a depositar en él su confianza, la pena para los sucesos previstos en los incisos 2 y 3, será de cadena perpetua.

Probablemente esta norma pretendió garantizar la libertad sexual de los adolescentes frente a los abusos sexuales que se producen diariamente en nuestro país y que tiene como víctimas a menores de edad. Sin embargo, superó su finalidad y llegó a extremos, contraviniendo los derechos sexuales de los adolescentes, al penalizar el ejercicio de su sexualidad y con ello convertirla en delito. Si se producen relaciones sexuales consentidas entre adolescentes en ese rango de edad convierte en delincuentes a quienes las practican.

Asimismo, esta norma vulnera el derecho a la salud de los adolescentes al constituirse en una limitante para su acceso a los servicios de salud sexual y reproductiva por cuanto la aplicación del artículo 30 de la Ley General de salud, los profesionales de la salud, particularmente los médicos, deben denunciar hechos considerados delictivos, entre los cuales se encuentra la violación sexual (1)³⁶³. Es por ello, que se han reportado casos de adolescentes gestantes que han sido retenidas cuando han concurrido a los centros de salud para dar a luz, esto, a pesar de estar de alta, porque había de por medio una acusación de violación sexual (2)³⁶⁴.

Las normas de protección de los adolescentes para el ejercicio de su sexualidad son de trascendental importancia, puesto que aseguran que dichas prácticas se realicen mediando su entera e informada voluntad. Pero cuando las normas sobrepasan tal finalidad con la buena intención, pueden menoscabar el ámbito de ejercicio de este derecho. Recuérdese que la finalidad que debe perseguirse es la protección de su libertad sexual como un derecho humano para que puedan sostener relaciones sexuales libre y voluntariamente, como en la realidad ocurre, sin presiones ni coacciones de su voluntad, teniendo en cuenta, sobre todo, que se trata de una etapa de su formación como personas que está llena de cambios y que se considera un proceso de desarrollo muy difícil.

Por lo tanto, las normas no deben prohibir este tipo de prácticas cuando se producen con voluntad libremente formada, y deben sancionarlas únicamente en aquellas situaciones en las que se ha viciado o manipulado la voluntad de los adolescentes para lograr tener relaciones sexuales con ellos.

Por lo tanto, es necesario que se despenalicen las relaciones entre los adolescentes y con personas mayores de 18 años cuando medie voluntad y consentimiento libremente formados, y debe mantenerse la penalización únicamente en el supuesto de que estas relaciones se produzcan mediante coacciones, manipulaciones o abuso de posiciones privilegiadas o de ascendencia sobre los adolescentes, que puedan viciar su voluntad.

1. El dato social: el comportamiento sexual de los adolescentes respecto al inicio de su sexualidad

La ley 28704 no ha considerado en lo absoluto una realidad que se nos presenta ineludible e innegable. Los adolescentes ya ejercen su sexualidad precisamente cuando tienen el rango de edad que la ley penaliza: entre los 14 y los 18 años-. Esta realidad puede demostrarse con los siguientes datos:

³⁶³ (1) INEI. Encuesta demográfica y de salud familiar 2000, Lima, (ENDES 2000), INEI, Mayo 2001.

³⁶⁴ (2) INEI, "Salud reproductiva, pobreza y condiciones de vida en el Perú", Octubre, 1999. En www.inei.gob.pe/biblioineipub/bancopub/est/lib0078/PRESENTA.htm

Según la Encuesta Demográfica y de Salud Familiar 2000, realizada por el INEI, la edad promedio de la primera relación sexual de mujeres entrevistadas entre 20 y 49 años era de 19 años. Sin embargo, si se trata de mujeres sin instrucción o sólo con educación primaria, este promedio baja a 17 años (1)³⁶⁵.

La relación entre el nivel de educación o instrucción y el inicio sexual se confirma con los resultados de la Encuesta Demográfica Nacional 2004-2005, que muestra que el inicio sexual temprano o la postergación del mismo está vinculado a la mayor o menor educación o instrucción. Así, el inicio sexual antes de los 15 años es cinco veces mayor en mujeres con menos de siete años de escolaridad.

Por otra parte, los datos recogidos en el documento "Salud reproductiva, pobreza y condiciones de vida en el Perú de 199" del Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI), mostraban ya que la relación entre educación y la iniciación sexual temprana es inversamente proporcional y relacionaban estos resultados con el ámbito geográfico. Así, se constató que:

- . A nivel nacional el 67.1% de mujeres, esto es 2 de cada 3, tuvieron su primera experiencia sexual en la adolescencia, es decir, entre los 10 a 19 años; entre los 20 a 24 años, se iniciaron sexualmente el 25.3%; y con 25 años y más, apenas el 7%.
- . El comportamiento sexual, difiere según el lugar de residencia, así es notoria la precocidad sexual de las mujeres de la Selva, donde 8 de cada 10 mujeres tuvieron su primera relación sexual en la adolescencia; en la Sierra y Costa 6 de cada 10 mujeres y en Lima, 5 de cada 10.
- . La falta de educación y bajos niveles educativos se asocia con el inicio temprano de la vida sexual, así mientras el 81.5% de analfabetas y el 78.8% tuvieron la primera relación sexual en la adolescencia, por el contrario el 27.8% de mujeres con educación superior universitaria se iniciaron sexualmente en una misma etapa del ciclo vital" (2)³⁶⁶

Como puede apreciarse, la población adolescente, en términos generales, decide mantener relaciones sexuales de manera temprana y esta situación resulta un comportamiento social reiterado, que forma parte de sus vidas y representa una manifestación de su desarrollo como personas.

De acuerdo a diversos estudios, el inicio de la vida sexual de los varones se da entre los 13 a y 14 años, en tanto que en las mujeres se produce a los 15 años (3).³⁶⁷

Según la Defensoría del Pueblo, "los derechos sexuales incluyen el derecho humano de gozar de una vida sexual libre de violencia y gratificante, así como tener control de su sexualidad, incluida su salud sexual y reproductiva"(4)³⁶⁸. El Ministerio de Salud considera que "los derechos sexuales y reproductivos son parte inseparable e indivisible del derecho a la salud y de los derechos humanos.

³⁶⁵ (1) INEI. Encuesta demográfica y de salud familiar 2000, Lima, (ENDES 2000), INEI, Mayo 2001.

³⁶⁶ (2) INEI, "Salud reproductiva, pobreza y condiciones de vida en el Perú", Octubre, 1999. En www.inei.gob.pe/biblioineipub/bancopub/est/lib0078/PRESENTA.htm

³⁶⁷ (3) TAVARA, Contribuciones de los adolescentes a la muerte materna en el Perú, Sociedad peruana de Obstetricia y Ginecología, ISSN versión electrónica 1609-246, en http://sisbib.unmsm.edu.pe/bvrevistas/ginecologia/Vol50_N2/a06_bib.htm. En el documento se cita como fuente bibliográfica de los datos presentados los siguientes estudios: CHIRINOS; SALAZAR; BRINDIS; Perfil de los adolescentes varones sexualmente activos en colegios secundarios de Lima-Perú, Cad. Saude Publica 2000; LA ROSA, Adolescencia y juventud en el Perú, Género, sexualidad y servicios de salud, Lima, 1998; y VILLENA, Anticoncepción de emergencia, en: Carrasco, Salud de las adolescentes, Lima: Sociedad peruana de adolescencia y juventud, 2002: 255-268.

³⁶⁸ (4) Defensoría del Pueblo, Resolución Defensorial N° 28-2000/DP, publicada en el Diario Oficial "El Peruano", el 15 de mayo del 2000, primer considerando.

Su finalidad es que todas las personas puedan vivir libres de discriminación, riesgos, amenazas, coerciones y violencia en el campo de la sexualidad y la reproducción" (5)³⁶⁹.

Atendiendo a la realidad planteada y a las posiciones justificadas en derecho señaladas, un ordenamiento jurídico resulta coherente cuando atiende esta realidad y la protege, puesto que garantiza el ejercicio de los derechos sexuales de los adolescentes. Las leyes deben otorgar protección a los adolescentes en el ejercicio de sus derechos sexuales, más aún si "la adolescencia constituye una importante etapa en la vida de las personas en las que no podría, ni dejar de garantizarse el goce y ejercicio de sus derechos fundamentales, ni tampoco dejar de reconocerse la existencia de una realidad en la cual los adolescentes van desarrollando y experimentando sobre su vida sexual y reproductiva" (6)³⁷⁰.

2. La transformación del ordenamiento jurídico con la vigencia de la Ley 28704 y las razones de su inconstitucionalidad

2.1. La libertad sexual de los menores d entre 14 y 18 años antes de la entrada en vigencia de la ley 28704

Antes de la aprobación de la Ley 28704, que modificó el artículo 173° del código penal, no se penalizaban las relaciones sexuales entre personas mayores de edad con menores entre los 14 y 18 años si éstas eran libres y voluntarias. Esto es así porque se reconocía a los adolescentes la capacidad de decisión respecto del ejercicio de su actividad sexual. Si la libertad de decisión se afectaba por engaño por parte del sujeto activo, generándose así una voluntad viciada, sí se producía un ilícito penal. Estábamos frente a la figura de la "seducción", prevista en el artículo 175° del código penal.

Sin embargo, esta situación podría servir de obstáculo para la libre decisión de los adolescentes de tener relaciones sexuales consentidas, porque sus parejas podían ser denunciadas por seducción si eran mayores de edad: los padres denunciaban la comisión de este delito cuando se oponían a la relación de sus menores hijos, y los magistrados aplicaban directamente la figura de la seducción por el solo hecho de que la supuesta víctima tuviera entre 14 y 18 años, aun cuando ene la práctica no hubiera engaño, como requiere este delito. Al mismo tiempo, casos de violación sexual eran tratados como delito de seducción al tener una sanción penal leve. De este modo, la figura delictiva de la seducción, se convertiría en la puerta de escape a una penalidad mayor.

Cuando se producía el acceso carnal mediante violencia o amenaza grave a un adolescente mayor de 14 años y menor de 18 años, se configuraba el agravante del delito de violación sexual descrito en el inciso 4 del artículo 173° del código penal. Se entendía que estos menores de edad presentaban una menor capacidad de resistir a la violencia o grave amenaza, además del mayor impacto o daño en su salud mental y en su desarrollo psicológico y emocional.

Quedaban fuera del ámbito penal, aquel acceso carnal con adolescentes entre los 14 y 18 años, que se hayan logrado viciando su voluntad por factores distintos al engaño, violencia o grave amenaza, como lo son el aprovechamiento de situaciones de dependencia, autoridad, parentesco u otras similares, por parte del agente.

³⁶⁹ (5) MINSA, Guías nacionales de atención integral de la salud sexual y reproductiva, Lima, 2004.

³⁷⁰ (6) Defensoría del Pueblo, Oficio N° 003-2007-DP/ANA del 17 de enero del 2007, en: NAGLE; CHÁVEZ, De la protección a la amenaza: Consecuencias de una ley que ignora los derechos sexuales y reproductivos de las y los adolescentes. El caso de la modificatoria del código penal, Ley N° 28704, Promsex, Lima, 2007, pp. 30-31.

2.2. Entrada en vigencia de la Ley 28704: La penalización de las relaciones sexuales consentidas con adolescentes

La Ley N° 28704, publicada el 5 de abril del 2006 en el Diario Oficial “El Peruano”, modificó el Código Penal estableciendo que el acceso carnal con menores entre 14 y 18 años constituye violación sexual de menor sancionada con 25 a 30 años de pena privativa de la libertad (inc. 3, art. 173°).

Así, la Ley 28704 sanciona todos los casos de relaciones sexuales con adolescentes entre 14 y 18 años sin que importe cuál fue el medio para lograrlo: sea por consentimiento libre, por engaño, violencia física o grave amenaza, o bien por aprovechamiento de situaciones de dependencia, autoridad, parentesco u otras similares que vicen la voluntad del menor. Se sanciona el resultado, sin considerar la circunstancia que produjo el acceso carnal.

Como se aprecia, esta ley penaliza todos y cada uno de los casos de relaciones sexuales con adolescentes, aquellas que se han producido por:

- Violencia física o psicológica
- Grave amenaza
- Engaño
- Prevalimiento (aprovechamiento de posiciones o de ascendencia sobre el adolescente que vicen su voluntad).
- Consentimiento libre y pleno

2.3. La Inconstitucionalidad de la Ley 28704: Atentado al derecho al libre desarrollo y bienestar y libre desenvolvimiento de la personalidad

Dentro de la gama de casos de relaciones sexuales con adolescentes contenida en la lista anterior, la sanción penal de aquellas que fueron libremente consentidas representa una afectación al derecho constitucional al libre desarrollo y bienestar reconocidos expresamente en la Constitución en su artículo 2° numeral 1, y al libre desenvolvimiento de la personalidad (7)³⁷¹, reconocido implícitamente en el mismo dispositivo normativo, que a la letra señala lo siguiente:

Artículo 2°. Toda persona tiene derecho:

1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su Desarrollo y bienestar.

³⁷¹ (7) STC, recaída en el expediente 007-2006-AI/TC, fd. 5. El derecho fundamental al libre desenvolvimiento de la personalidad.

1. El derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad no se halla enunciado literalmente en la Constitución de 1993. En efecto, el artículo 2, inciso 1, de ésta establecía que toda persona tiene derecho:

A la vida, a un nombre propio, a la integridad física y al libre desenvolvimiento de su personalidad”.

2. Aun cuando el artículo 2, inciso 1, de la Constitución vigente, cuando menciona el derecho de la persona al “libre desarrollo y bienestar pudiera interpretarse como alusivo al libre desenvolvimiento de la personalidad, tal interpretación no sería del todo correcta ya que desarrollo y bienestar, dotan de un contenido o, al menos, de una orientación, en los que habría de interpretarse la libertad de actuación. Por el contrario, el objeto de protección, de la libertad de actuación es la simple y llana conducta humana, desprovista de algún referente material que le otorgue algún sentido -desarrollo y bienestar-. Por ello, corresponde examinar si hay otra vía a efectos de considerarla como un derecho conformante de nuestro ordenamiento constitucional.

3. El libre desenvolvimiento de la personalidad constituye un derecho fundamental innominado o implícito que se deriva o funda en el principio fundamental de dignidad de la persona (arts. 1 y 3, Constitución). En efecto, la valoración de la persona como centro del Estado y de la sociedad, como ser moral con capacidad de autodeterminación, implica que daba estarle también garantizada la libre manifestación de tal capacidad a través de su libre actuación general en la sociedad.

La Ley 28704 atenta contra estos derechos porque coloca fuera de la legalidad, a conductas constitucionalmente amparadas, libremente elegidas y que representan el desarrollo pleno de los derechos sexuales y reproductivos de los adolescentes entre 14 y 18 años de edad. Así, esta ley convierte a tales conductas en actos ilegales sujetos a persecución por el aparato represor Estatal, y en delinquentes a quienes las realizan.

El solo hecho de que una persona mayor de edad sostenga relaciones sexuales con una adolescente no es suficiente razón para su sanción penal. La existencia de pleno y libre consentimiento constituye la garantía de que dichas relaciones consentidas se enmarcan dentro de libre desarrollo de la personalidad, ejercida en el aspecto de la sexualidad. Por lo tanto, se contextualizan dentro de los límites constitucionales del ejercicio de la Autonomía Individual.

Contrario sensu, la ley 28704° que penaliza las relaciones sexuales con adolescentes entre los 14 y 18 años en las que haya mediado consentimiento pleno y libremente formado, atenta directamente contra los derechos constitucionales ya mencionados, por lo cual deviene INCONSTITUCIONAL.

Esta es la razón por la cual es necesaria la modificación del actual artículo 173° del Código Penal, modificado por la Ley 28704, de manera que se despenalicen las relaciones sexuales de adolescentes entre los 14 y 18 años de edad, propuesta que será desarrollada en este documento en el apartado correspondiente.

LA NECESIDAD DE PENALIZAR LAS RELACIONES SEXUALES CON ADOLESCENTES CUANDO SE HAN PRODUCIDO POR PREVALIMIENTO.

Como ya ha sido anteriormente señalado, conforme a diversos estudios, el inicio de la vida sexual de los varones se da entre los 13 y 14 años, en tanto que en las mujeres se produce a los 15 años (8)³⁷².

Según cifras del ENDES 2004-2005, el 24% de mujeres señalan que su primera relación sexual fue forzada y el 19% de abuso sexual se realiza contra mujeres menores de 15 años. Es decir, aun cuando en la legislación anterior a la reciente modificación, las relaciones sexuales entre adolescentes o entre éstos con adultos no estaban penalizadas, lo cierto es muchas se realizaron bajo circunstancias ajenas a la libre voluntad de las y los adolescentes que las practicaron.

La Defensoría del Pueblo ha señalado que “los derechos sexuales incluyen el derecho humano de mujeres y varones a gozar de una vida sexual libre de violencia y gratificante así como tener control de su sexualidad, incluida su salud sexual y reproductiva”(9)³⁷³. El Ministerio de Salud considera que “los derechos Sexuales y Reproductivos son parte inseparable e indivisible del derecho a la salud y de Los derechos humanos. Su finalidad es que todas las personas puedan vivir libres de discriminación, riesgos, amenazas, coerciones y violencia en el campo de la sexualidad y la reproducción”(10)³⁷⁴.

³⁷² (8) TAVARA, Contribuciones de los adolescentes a la muerte materna en el Perú, Sociedad peruana de Obstetricia y Ginecología, ISSN versión electrónica 1609-246, en http://sisbib.unmsm.edu.pe/bvrevistas/ginecologia/Vol50_N2/a06_bib.htm . En el documento se cita como fuente bibliográfica de los datos presentados los siguientes estudios: CHIRINOS; SALAZAR; BRINDIS; Perfil de los adolescentes varones sexualmente activos en colegios secundarios de Lima-Perú, Cad. Saude Publica 2000; LA ROSA, Adolescencia y juventud en el Perú, Género, sexualidad y servicios de salud, Lima, 1998; y VILLENA, Anticoncepción de emergencia, en: Carrasco, Salud de las adolescentes, Lima: Sociedad peruana de adolescencia y juventud, 2002: 255-268.

³⁷³ (9) Defensoría del Pueblo, Resolución Defensorial N° 28-2000/DP, publicada en el Diario Oficial “El Peruano”, el 15 de mayo del 2000, primer considerando.

³⁷⁴ (10) MINSA, Guías nacionales de atención integral de la salud sexual y reproductiva, Lima, 2004.

Los adolescentes y niños representan un grupo social sujeto a altos riesgos de abuso por la falta de información y orientación. En efecto, la ausencia de estas, de consejería y cuidado de la salud sexual y reproductiva, aunado a la propia vulnerabilidad del grupo -por ser etano, altamente influenciable y en el que se producen cambios psicológicos muy marcados, pese a ser capaces de tomar sus propias decisiones y tener plena capacidad- los convierte en víctimas de abusos sexuales que no serán denunciados sino más bien y vistos como normales.

El ordenamiento legal debe otorgar protección a los y las adolescentes en el ejercicio de sus derechos sexuales, más aún si “la adolescencia constituye una importante etapa en la vida de las personas en la que no podría dejarse de garantizar el goce y ejercicio de sus derechos fundamentales, ni reconocerse la existencia de una realidad en la cual los adolescentes van desarrollando y experimentando sobre su vida sexual y reproductiva” (11)³⁷⁵.

1. Qué es el prevalimiento

En las relaciones sexuales entre adultos y adolescentes se presenta el peligro de que el consentimiento del o de la adolescente sea obtenido mediante el aprovechamiento de una situación de superioridad o de ventaja o mediante algún tipo de presión o coacción. En estos casos estamos frente a una situación de Prevalimiento en la que el consentimiento estará viciado.

Nuestra realidad demuestra que muchos adolescentes, precisamente por el estado formativo en que se encuentran sus personalidades, corren el riesgo de que su voluntad y decisiones se vean fuertemente influenciadas por personas que ejercen algún tipo de ascendencia, poder o influencia sobre ellos. Los ejemplos más comunes de este tipo de casos son los lazos paterno – filiales, las relaciones de autoridad entre familiares indirectos (tíos, sobrinos primos), los docentes de las escuelas, el personal de servicio doméstico, los conejeros espirituales de diversas iglesias o religiones”, entre varias posibilidades.

En estos supuestos, debido al grado de autoridad, jerarquía o ascendencia que estas personas ejercen sobre los menores a su cargo, es posible que puedan influir fuertemente en la mentalidad del adolescente, distorsionando su libre razonamiento e induciéndolo a sostener relaciones sexuales, no habiéndose formado un consentimiento pleno y libre de presiones o influencias externas. En estos casos, si bien no se ha producido violencia física o psicológica, la decisión del adolescente no se ha formado de modo libre y autónoma, sino que adolece de un vicio de la voluntad.

Estos casos ameritan una sanción, por cuanto representa la manipulación dolosa de la voluntad del adolescente, con miras a obtener el acceso carnal con éste.

2. El Prevalimiento en la Legislación Comparada.

La violación sexual de menores de edad realizada mediante una situación de prevalimiento por parte del sujeto activo se encuentra prevista en la legislación de diversos países con distintas características, conforme veremos a continuación:

España

El artículo 181.3° del Código Penal español prevé el «abuso de prevalimiento». El delito se caracteriza por el consentimiento viciado de la víctima (que puede ser, incluso, mayor de edad) del que se vale el agente para tener relaciones sexuales con ésta. El vicio se produce al presentarse un

³⁷⁵ (11) Defensoría del Pueblo, Oficio N° 003-2007-DP/ANA del 17 de enero del 2007, en: NAGLE; CHÁVEZ, De la protección a la amenaza: Consecuencias de una ley que ignora los derechos sexuales y reproductivos de las y los adolescentes. El caso de la modificatoria del código penal, Ley N° 28704, Promsex, Lima, 2007, pp. 30-31.

aprovechamiento del sujeto activo de una situación de superioridad manifiesta. El carácter manifiesto de la situación de superioridad se ha de interpretar en el sentido de que coacte la libertad de la víctima (12)³⁷⁶.

Se deja a los jueces determinar la existencia de la relación de superioridad en cada caso concreto. Al respecto, la doctrina y la jurisprudencia españolas se han referido a los límites de la situación de superioridad. Así, el Tribunal Supremo "ha apreciado la situación de superioridad en un caso debido al mayor vigor físico - con una mano sujeta las manos de la víctima con la que anteriormente ya había tenido relaciones sexuales - , de la disponibilidad de vehículo en un paraje del que no era fácil salir sin el y de las circunstancias de tiempo, pues era de madrugada" (13)³⁷⁷.

Chile

En Chile, las relaciones sexuales consentidas sostenidas con menores de edad pero mayores de 12 años sólo constituyen delito en supuestos de excepción, como la conducta prevista en el artículo 363°, inciso 2° del código penal referida al abuso de "una relación de dependencia de la víctima, como en los casos en que el agresor está encargado de la custodia, educación o cuidado, o tiene con ella una relación laboral".

En este caso, el abuso de la situación de dependencia de la víctima es el requisito esencial del tipo penal, el cual confluye con la minoría de edad de la víctima para configurar una situación en la que la aceptación que pudiera existir de parte de ella no tiene validez. Aun cuando no menciona expresamente la existencia de consentimiento viciado, este emana de las circunstancias previstas para la configuración del delito.

El artículo en mención enumera de manera no taxativa algunos supuestos como la existencia de una relación de carácter laboral o el hecho de que la víctima se encuentre bajo custodia de su agresor. De este modo, se deja al juzgador la responsabilidad de determinar la existencia del abuso en situación de dependencia.

Argentina

En Argentina, el primer párrafo del artículo 119° del código penal sanciona el abuso sexual realizado sobre mayores de 13 años de edad cuando media "...el abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder". La legislación argentina diferencia estos supuestos del abuso sexual bajo violencia o amenaza. En estos casos, la pena se agrava cuando existe situación de dependencia por el parentesco (literal b del artículo 119°) y cuando, tratándose de menor de 18 años, hay aprovechamiento de la situación de convivencia preexistente (literal f).

El artículo 120° del código penal argentino sanciona el acceso carnal con una persona menor de dieciséis años, aprovechándose el autor de su inmadurez sexual, su relación de preeminencia frente a la víctima, u otra circunstancia equivalente, siempre que no resultare un delito más severamente penado. En este delito, en particular, concurren los elementos característicos de una violación por prevalimiento, a saber; la existencia de aprovechamiento y la relación de preeminencia respecto de la víctima.

³⁷⁶ (12) SÁNCHEZ -VERA GÓMEZ-TRELLES, citado por GARCÍA PÉREZ, "La regulación del derecho penal sexual en España", en: Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual. Enfoque dogmático y Jurisprudencial, en: Luis Reyna Alfaro, dir. Jurista. Lima, 2005, p. 271.

³⁷⁷ (13) STS 12-12-2002 (A.106021). Referido en GARCÍA PÉREZ, "La regulación del derecho penal sexual en España", en: Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual. Enfoque dogmático y Jurisprudencial, en: Luis Reyna Alfaro, dir. Jurista. Lima, 2005, p. 271.

EL Salvador

El código penal de la República de El Salvador, en su Título IV, se refiere a los delitos contra la libertad sexual, entre los que figura el estupro por prevalimiento, definiéndolo de la siguiente manera:

Art. 164°.- El que tuviere acceso carnal por vía vaginal o anal, con persona entre catorce y dieciocho años de edad, prevaleándose de la superioridad originada por cualquier relación, será sancionado con prisión de dos a cuatro años.

Se considera estupro por prevalimiento cuando el hecho se realiza prevaleándose de la superioridad originada por "cualquier relación", lo que constituye una noción muy amplia. Quedará en manos de la judicatura determinar cuándo, "cualquier relación", da lugar a una superioridad que sirva para tener "acceso carnal" con la víctima. En esta fórmula, no se habla de una superioridad manifiesta o, como desarrolla la jurisprudencia española, de "entidad suficiente", para que se produzca el tipo.

3. Los tipos de violación sexual y el prevalimiento en el código penal

La violación sexual se configura por el acceso carnal o acto análogo, del agresor con la víctima, en situaciones en las que ésta última no ha prestado su consentimiento o, en casos en los cuales, su anuencia se encuentra viciada por diversos factores. De este modo, el consentimiento se torna en un elemento central que "atraviesa todos los tipos de injusto de esta clase de delitos" (14)³⁷⁸. Por ello, en los delitos contra la libertad sexual, lo importante es determinar las condiciones de validez del consentimiento, más aún en los casos de prevalimiento, en donde es requisito que la víctima haya prestado su consentimiento, sin violencia, engaño o amenaza grave.

Al respecto, el Código Penal incorpora tipos penales diversos, en consideración a la ausencia del consentimiento o a las circunstancias en las que fue expresado. De este modo, podemos encontrar situaciones en las cuales, el consentimiento del sujeto activo está del todo ausente, tal como ocurre en la violación sexual en estado de inconsciencia, contemplada en el artículo 171°.

Puede ocurrir, que no se atribuya validez al consentimiento expresado por determinadas personas, según su condición particular al momento de ocurrir los hechos, cuando el acceso carnal se produce con menores de 18 años, según la actual redacción del artículo 173° del Código Penal, o si la víctima sufre anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o retardo mental (artículo 172°).

El consentimiento de la víctima puede estar viciado por grave amenaza o por violencia del agresor, según el tipo genérico de la violación sexual (artículo 170°). Si hubiera consentimiento, operaría como una causal de exclusión de la tipicidad pues "si se verifica que la víctima prestó su consentimiento para practicar el acto sexual, desaparece el acto típico de "obligar" que exige el tipo penal" (15)³⁷⁹.

El vicio del consentimiento, era determinante para la configuración del delito de seducción, previsto en el artículo 175° del código penal, toda vez que la aceptación de la víctima era obtenida mediante engaño, factor que era tomado en cuenta en relación con su edad (entre 14 y menos de 18 años de edad). Actualmente el delito de seducción ha sido derogado de manera tácita al penalizarse el acceso carnal con menores entre menores de 18 años de edad.

³⁷⁸ (14) MONTOYA VIVANCO, Discriminación y aplicación discriminatoria del derecho penal en los delitos contra la libertad sexual e infracciones penales contra la integridad personal, en: Discriminación sexual y aplicación de la ley, Volumen IV. Defensoría del Pueblo, Lima, 2000. p. 65.

³⁷⁹ (15) SALINAS SICCHA, Los delitos de acceso carnal sexual. Idemsa, Lima, 2005, p. 81

El artículo 174° del código penal, considera que no es válido el consentimiento de la víctima, cuando el sujeto activo, para lograr el acceso carnal, se aprovecha de la situación de dependencia, autoridad o vigilancia en que se encuentra por estar colocada en un hospital, asilo u otro establecimiento similar, detenida, recluida o interna. No se trata de incapacidad de la víctima para consentir, o de un consentimiento obtenido mediante engaño, violencia o amenaza, sino de una situación de especial vulnerabilidad aprovechada por el autor, por lo que el consentimiento no lo liberará de sanción. La afectación a la libertad sexual se configura, por el prevalimiento del autor de la situación del sujeto pasivo que se encuentra disminuido y con menores posibilidades de resistencia, lo que le permite influir sobre este para obtener su consentimiento.

También encontramos el prevalimiento en el inciso 2 del artículo 170°, que sanciona la violación sexual, en la cual el autor “se haya prevalido de cualquier posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima, o de un relación de parentesco por ser ascendiente, cónyuge, conviviente de éste, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción o afines de la víctima, de una relación proveniente de un contrato de locación de servicios, de una relación laboral o si la víctima le presta servicios como trabajador del hogar”.

En los casos de violación sexual de menor de edad, previstos en el artículo 173° del código penal, la pena se incrementa “si el agente tuviere cualquier posición, cargo o vínculo familiar que le dé particular autoridad sobre la víctima o le impulse a depositar en él su confianza”. En estos supuestos, si bien no se menciona expresamente, se encuentra implícita la ventaja obtenida por el agente de su particular situación respecto del menor de edad para consumar el delito.

En el contexto normativo de nuestra legislación penal brevemente reseñado, podemos observar que la situación de ventaja del autor respecto de su víctima, derivada de relaciones de autoridad, parentesco o dependencia ha sido reconocida como un factor que determina la responsabilidad (artículo 174°) o la agrava (artículos 170° y 173°).

Por ello, ante la despenalización del delito de violación sexual de persona mayor de 14 años y menor de 18 años de edad que se propone y, que ha sido materia de otras propuestas legislativas, debe considerarse la necesidad de contemplar el acceso carnal con menores de estas edades, realizado en situaciones en que la voluntad del sujeto pasivo puede estar mellada por una relación existente con el autor, de la cual éste se aprovecha.

El menor de edad entre 14 y 18 años, encontrándose aún en un proceso de desarrollo, tanto físico como psicológico, puede ser influenciado con mayor facilidad que una persona adulta. Esta condición será potenciada en caso de existir circunstancias de autoridad, parentesco o dependencia, en las cuales el menor puede encontrar su libertad sexual afectada.

La penalización del acceso carnal con prevalimiento con menores entre 14 y menos de 18 años de edad, no significará una restricción legal al ejercicio de su libertad sexual, sino una protección frente a situaciones en que se vea lesionada atendiendo a factores objetivos representados por una relación de superioridad y a factores subjetivos del autor, consistentes en el aprovechamiento.

4. El nuevo tipo penal de violación sexual de menor entre 14 y menos de 18 años de edad con prevalimiento

A partir de lo expuesto, se propone la incorporación en el código penal, del delito de violación sexual de menor entre 14 y menos de 18 años de edad con prevalimiento, en los siguientes términos:

El que aprovechándose de una situación de superioridad manifiesta, obtiene el consentimiento de un menor que tiene entre 14 y 18 años de edad, para tener acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o realiza actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de

las dos primeras vías, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años.

El tipo señalado asume las siguientes características:

Bien jurídico protegido

Como consecuencia de la propuesta de modificación del artículo 173°, que excluye del tipo penal de violación de menor de edad, al acceso carnal consentido con una o un menor entre 14 y menos de 18 años de edad, se reconoce que los menores en ese rango de edades tiene el derecho de decidir libremente sobre su actividad sexual. Por eso, la protección penal que se propone para las relaciones sostenidas por un/a menor entre esas edades no se fundamenta en la protección de la indemnidad sexual, como en la afectación a su libertad sexual.

Reyna Alfaro (16)³⁸⁰ señala que bajo la expresión indemnidad o intangibilidad sexual se comprende una serie de condiciones de orden físico y psíquico que posibilitan un desarrollo psíquico normal y sin perturbaciones que permiten el futuro ejercicio sexual en libertad. Salinas Siccha, siguiendo a García Cantizano, indica que “la idea de ‘indemnidad sexual’ se relaciona directamente con la necesidad de proteger y garantizar el desarrollo normal en el ámbito sexual de quienes aún no han alcanzado el grado de madurez suficiente para ello, como sucede en el caso de los menores, así como con la protección de quienes, debido a anomalías psíquicas, carecen, a priori, de plena capacidad para llegar a tomar conciencia del alcance del significado de una relación sexual”(17)³⁸¹.

El concepto de libertad sexual exige que su detentador tenga capacidad cognitiva y volitiva del significado y trascendencia que posee el acto de contenido sexual y del consentimiento que para tales propósitos pueda otorgar (18)³⁸².

La protección en este delito recae entonces sobre la capacidad de disponer del propio cuerpo para ejercer la sexualidad, sin sufrir interferencias de parte de terceros que condicionen o vicien su consentimiento.

Comportamiento típico

El delito de violación sexual por prevalimiento, reúne los siguientes elementos que constituyen la descripción del tipo penal que se propone:

a. Situación de superioridad manifiesta del agente

El prevalimiento es posible a partir de la existencia de una situación de hecho expresada en una situación de superioridad, la misma que puede presentarse de distintas formas. Tal sería el caso de una relación de carácter laboral, cuando existe un vínculo de jerarquía, de autoridad o de dependencia, entre el o la agente y su víctima. No se encontrarán excluidas de este supuesto, las relaciones que, de acuerdo a nuestra normatividad, no generan vínculo laboral, pero que son de similares características, tal como serían las relaciones que se establecen entre el trabajador y quien

³⁸⁰ (16) REYNA ALFARO, “El nuevo tratamiento legislativo de los delitos sexuales en el Código Penal peruano”, en: Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual. Enfoque dogmático y Jurisprudencial, en: Luis Reyna Alfaro, dir. Jurista. Lima, 2005, p. 133.

³⁸¹ (17) SALINAS SICCHA, Los delitos de acceso carnal sexual. Idemsa, Lima, 2005, p. 35.

³⁸² (18) Siguiendo a DIEZ RIPOLLÉS, La protección de la libertad sexual. Insuficiencias actuales y propuesta de reforma, p. 26, citado por El nuevo tratamiento legislativo de los delitos sexuales en el Código Penal peruano”, en: Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual. Enfoque dogmático y Jurisprudencial, en: Luis Reyna Alfaro, dir. Jurista. Lima, 2005, p. 132.

contrata los servicios de una empresa de intermediación laboral o las relaciones que se entablan en las distintas modalidades de prestación de servicios contempladas en el código civil.

También las relaciones de parentesco y la habitación en una misma morada, permiten el establecimiento de situaciones de superioridad de las cuales puede prevalecerse el o la autora. Tales casos serían vínculos de parentesco entre tíos/as y sobrinas/os, por ejemplo, o las relaciones que puedan establecerse entre el o la conviviente y el hijo o hija de su pareja.

Otro ámbito para el establecimiento de situaciones de superioridad es el vinculado a la formación y educación. Las relaciones entre profesor/a y alumno/a, sin importar el nivel de formación (escolar, preuniversitario, universitario, técnico, etc.), constituyen situaciones de las cuales el o la docente puede prevalecerse para tener acceso carnal o análogo con el o la menor de edad.

La utilización del término “situación” en lugar de “relación”, tal como ocurre en España, enfatiza que lo relevante es que de hecho, el autor goce de una posición de supremacía sobre la víctima, siendo indiferentes las causas de las que puede derivar. Estas causas, pueden ser el parentesco, la docencia, la dependencia económica, la relación laboral, la religión, la custodia, etc. (19)³⁸³.

Por ello la opción de enumerar taxativamente las circunstancias más recurrentes no es la opción legislativa más acertada, en tanto puede dejar fuera del ámbito de la tipicidad conductas no descritas en las que existan situaciones de superioridad. Será necesario, en este sentido, impulsar un proceso de capacitación a los magistrados pues recaerá en sus manos, determinar si las situaciones de superioridad constituirán delito o no.

La superioridad entre el o la agente y su víctima debe ser manifiesta, es decir, perceptible, evidente y de fácil conocimiento por el sujeto pasivo. Sólo de esta manera, puede convertirse en un elemento condicionante que facilite al autor o a la autora, la obtención del consentimiento de su víctima. Ello permite, además, excluir del ámbito de este delito, situaciones que puedan representar superioridad solamente en el fuero interno de la víctima o que correspondan a una apreciación meramente subjetiva de ella. De no ser así, cualquier situación que se alegue, sin ningún parámetro de carácter objetivo, podría constituir el delito bajo análisis (20)³⁸⁴.

La situación de superioridad y su carácter manifiesto constituirán un presupuesto de hecho que, en caso de investigación del delito, tendrá que acreditarse en el camino a determinar la tipicidad del caso investigado.

Por otra parte, la situación de superioridad debe ser de entidad suficiente para permitir que el autor pueda prevalecerse de ella en su afán de consumir el delito.

b. Aprovechamiento del o de la agente

La situación de superioridad manifiesta deberá ser utilizada por el o la autora para obtener provecho; es decir, el agente se valdrá de esta situación para doblegar la voluntad de la víctima y obtener así un consentimiento, que de otro modo no hubiera conseguido. Este requerimiento del tipo penal trae como implícita consecuencia que no toda relación sexual sostenida en una situación de superioridad tendrá como correlato la comisión del delito.

³⁸³ (19) GARCÍA PÉREZ, “La regulación del derecho penal sexual en España”, en: Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual. Enfoque dogmático y Jurisprudencial, en: Luis Reyna Alfaro, dir. Jurista. Lima, 2005, pp. 270-271.

³⁸⁴ (20) El agente es consciente que la situación lo favorece, lo mismo que la víctima. Por eso, se vale de ello y lo usa para obtener su objetivo, el acceso carnal con la víctima.

Deberá en cada caso evaluarse la existencia del aprovechamiento, pues de otro modo se estaría limitando a priori el ejercicio de la libertad sexual del o de la menor de edad en todos los casos en los que existan situaciones de superioridad. Vale decir, no tendría que ser materia de reproche penal que un menor sostenga relaciones sexuales con un mayor de edad, aun cuando este último se encuentre en una situación de superioridad, siempre que no exista aprovechamiento.

c. Consentimiento violado del o de la menor de edad entre 14 y 18 años

El aprovechamiento de la situación de superioridad manifiesta, constituye un medio para obtener el consentimiento de la víctima y su utilización es precisamente lo que vicia esta voluntad.

El tipo penal que se propone tiene como una de sus características el acceso carnal o el acto análogo consentido por la víctima. Sin embargo, el fundamento de la desvaloración del consentimiento es la forma cómo ha sido obtenido por el o la agente.

La libertad de decisión del o de la menor de edad ha sido afectada por el contexto en el cual se emite, es decir, por la utilización por parte del autor o de la autora de un factor externo - el aprovechamiento de la situación de superioridad manifiesta- que le impide tomar una decisión libre.

Es en este contexto, que el requerimiento en el tipo penal de que la situación de superioridad sea manifiesta cobra pleno sentido, pues en caso que la situación de superioridad no pudiera ser conocida por la víctima, no podría ser utilizado como medio para obtener su consentimiento.

En este punto, cabría preguntarse, si lo que podamos percibir como aprovechamiento de la situación de superioridad por parte del autor o autora acarreará de manera automática que el consentimiento de la víctima se encuentre viciado. Consideramos que no. El aprovechamiento de parte del o de la autora sólo será coherente con este delito si vicia el consentimiento y de esta manera, afecta al bien jurídico protegido - la libertad sexual-. En ese sentido, si el consentimiento de la víctima no está afectado por vicio alguno pese a existir la situación de superioridad y pese a que la conducta investigada pueda parecer un "aprovechamiento", no se habrá afectado la libertad sexual. De esta manera, quedan excluidas de penalización las situaciones en las cuales el sujeto pasivo, pese a la superioridad no ha sido víctima de un aprovechamiento por haber consentido con plena libertad. Sólo así se podrá garantizar que el tipo penal propuesto no afecte la libertad sexual de las y los adolescentes entre 14 y menos de 18 años de edad.

Igualmente, estos requisitos de la figura delictiva que se pretende incorporar garantizan que su presencia en el código penal no facilite que se denuncien sin fundamento relaciones sexuales consentidas sostenidas por las y los adolescentes.

d. Ausencia de violencia o grave amenaza:

El vicio del consentimiento que justifica la penalización de esta conducta encuentra su fundamento en el aprovechamiento de una situación de superioridad manifiesta, como ya se indicó. En ese sentido, este delito se diferencia plenamente de otras formas de violación en las cuales el medio para obtener el consentimiento de la víctima es la violencia o la grave amenaza, como sería el caso del tipo genérico de la violación sexual y sus agravantes previstos en el artículo 170° del código penal.

Por ello, no resulta pertinente hacer expresa mención a la ausencia de violencia o grave amenaza en la redacción del tipo penal. La ausencia de este elemento quedará claramente establecida al no mencionarlo y al indicar en su lugar el factor condicionante de la voluntad de la víctima que es el prevalimiento de una situación de autoridad.

e. Acceso carnal o realización de actos análogos

El acceso carnal o la realización de actos análogos son el resultado de la comisión de este delito. Los elementos que hemos enunciado reunidos y actuando de manera conjunta permiten al autor alcanzar su propósito.

Sujetos del delito:

- Sujeto activo: toda persona mayor de 18 años que se encuentre en situación de prevalimiento respecto del sujeto pasivo.
- Sujeto pasivo: menores de edad entre 14 y menos de 18 años.

II. EFECTO DE LA ENTRADA EN VIGENCIA DE LA PROPUESTA NORMATIVA.

La aprobación de las normas que se proponen generará las siguientes modificaciones en el código penal:

- Modificación del artículo 173°, referido a la violación sexual de menor de edad, en el cual se suprime el inciso 3 y se modifica el último párrafo, eliminándose la violación a menores entre catorce y menos de dieciocho años de edad.
- Modificación del artículo 173°-A, referido a la violación sexual de menor de edad seguida de muerte o lesión grave, en el cual se suprime la referencia al inciso 3 del artículo 173° antes mencionado.
- Incorporación del artículo 174°-A, referido a la violación sexual de menor por prevalimiento.

III. ANALISIS COSTO BENEFICO

La aprobación del proyecto de ley no generará gasto alguno para el Estado puesto que su vigencia no significa ningún costo de implementación y su aplicación se hará a través de entidades estatales ya existentes que están actualmente a cargo del procesamiento de las denuncias penales por violación sexual.

La norma es beneficiosa para las personas entre 14 y menos de 18 años de edad por cuanto despenaliza el libre ejercicio de su libertad sexual, vale decir, la libertad de decidir si desean o no sostener relaciones sexuales. En ese sentido, solamente se penaliza el acceso carnal o actos análogos con un menor en ese rango de edades cuando la libertad sexual es afectada por existir prevalimiento de parte del autor en virtud a una situación de superioridad manifiesta.

Por otra parte, la norma tendrá como efecto la conclusión de los procesos que actualmente se siguen por violación sexual de menor de edad entre 14 y menos de 18 años, en virtud al delito contemplado en el inciso 3 del artículo 173° del código penal, en los que se investiga el acceso carnal o actos análogos cuando existió consentimiento de parte de la víctima. Asimismo, quedarán sin efecto las sentencias condenatorias emitidas por ese delito.

La norma también generará un beneficio para el Estado en la medida que disminuirán las denuncias por situaciones que actualmente son consideradas injustificadamente como violación sexual, pese a que existió libre consentimiento de parte de la supuesta víctima.

IV. FÓRMULA LEGAL

Ley N° XXXX

El Congreso de la República,

Ha dado la Ley siguiente:

Ley que modifica el Capítulo IX, del Título IV del Libro Segundo del código penal:

Artículo Primero.- Modifíquese el artículo 173° y el artículo 173°-A del código penal, los cuales tendrán los siguientes textos:

Artículo 173°.- Violación Sexual de menor de edad

El que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de catorce años de edad, será reprimido con las siguientes penas privativas de libertad.

1. Si la víctima tiene menos de diez años de edad, la pena será cadena perpetua.
2. Si la víctima tiene entre diez años de edad y menos de catorce, la pena será no menor de treinta años, ni mayor de treinta y cinco.

Si el agente tuviere cualquier posición, cargo o vínculo familiar que le dé particular autoridad sobre la víctima o le impulse a depositar en él su confianza, la pena para los sucesos previstos en el inciso 2, será de cadena perpetua.

Artículo 173°-A.- Violación sexual de menor de edad seguida de muerte o lesión grave

Si los actos previstos en el inciso 2 del artículo anterior causan la muerte de la víctima o le producen lesión grave, y el agente pudo prever este resultado o si procedió con crueldad, la pena será de cadena perpetua.

Artículo Segundo.- Adiciónese el artículo 174°-A al Código Penal, el cual tendrá el siguiente texto:

Artículo 174°-A.- Violación sexual de menor de edad por prevalimiento

EL que aprovechándose de una situación de superioridad manifiesta, obtiene el consentimiento de un menor que tiene entre 14 y 18 años de edad para tener acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o realiza actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años.

En Lima a los xxxxxx

Comuníquese al señor Presidente de la República para su promulgación.

**INFORMES FAVORABLES
A LOS PROYECTOS
LEGISLATIVOS PRESENTADOS PARA LA
DISMINUCIÓN DE LA EDAD
DEL CONSENTIMIENTO SEXUAL**

§01. INFORME FAVORABLE DEL MINISTERIO DE LA MUJER Y DESARROLLO SOCIAL

INFORME N° 55-2006-MIMDES-DGFC-DINNA-SDPNAIA-AAC

A: Dr. Javeire Ruiz- Eldredge Vargas
Director de la Dirección de Niñas, Niños y Adolescentes

De: Alberto Arenas Cornejo
Abogado de la Dirección de Niñas, Niños y Adolescentes

Asunto: Proyecto de Ley 207/2006-CR "Ley que modifica los artículos 170 y 173 del Código penal, relativos a los delitos contra la libertad sexual".
Expediente N° 2006-031-EO26746

Fecha: Lima, 23 de octubre de 2006

Tengo el agrado de dirigirme a usted para saludarlo cordialmente y a la vez remitirle el informe de la referencia: (...)

II. ANÁLISIS

2.1. la ley 28704 (...), modifico diversos artículos del Código Penal relativos a los delitos contra la libertad sexual y excluyó a las personas sentenciadas por estos delitos de los beneficios relacionados a los derechos de gracia y conmutación de pena. Una de las normas modificadas fue el artículo 173 del Código penal (previamente modificado por la ley 28251) . (...)

2.2. Si bien la Ley 28704, significo un importante avance en la penalización de los delitos contra la libertad sexual, elevó en el numeral 3 del artículo 173 la edad de la indemnidad sexual, generando diversos problemas que han derivado inclusive en una acción de inconstitucionalidad por parte de los ciudadanos ROMY CHANG KCOMT y ARMANDO SÁNCHEZ MÁLAGA CARRILLO.

2.3. El numeral 3 del artículo 173 (...) incluyó las relaciones sexuales de todo tipo como delito de violación al extender la tutela de la indemnidad sexual de los 14 a los 18 años.

2.4. De esta manera el legislador penal ha buscado, en el marco de la protección de la libertad sexual de los menores de edad, elevar a la mayoría de edad su capacidad de decidir con quien y bajo qué circunstancias desea mantener relaciones sexuales. Sin embargo existen derechos constitucionales como la dignidad, la autonomía y la libertad individual, que se han visto vulnerados. Así como el principio de proporcionalidad de las penas y la función resocializadora de la misma.

2.5. Cabe señalar que los derechos constitucionales señalados (dignidad, autonomía y la libertad individual) buscan la autorrealización de los miembros de la sociedad y constituye uno de los fines del Estado, siendo entonces deber de este garantizar su goce y ejercicio.

2.6. Se señala entonces en la Acción de Inconstitucionalidad referida en el punto 1.2. que "en ese contexto, una norma que atente contra la autonomía de los miembros del Estado, contraviniendo la razón de ser del mismo, al impedir que estos ejerzan la facultad de auto determinarse libremente y restringir su capacidad de decisión de manera arbitraria".

2.7. Por su parte, la protección de la indemnidad sexual tal como se establece en el numeral 3 del artículo 173 del Código Penal, vale decir en el rango de 14 a 17 años, colisiona con lo previsto en el artículo 46 del Código Civil relativo al matrimonio de adolescentes, situación que vulnera el principio de unidad del ordenamiento jurídico e igualmente violan las garantías que limitan la facultad sancionadora del Estado (ius puniendi) al tipificar como delito, conductas que colisionan con derechos fundamentales de las personas. (...)

De acuerdo a lo previsto en el artículo 46 del Código Civil y en aplicación del numeral 3 del artículo 173 del Código Penal (según Ley 28704), en caso que un adolescente de 16 años contraiga matrimonio, se vería impedido de consumir el acto sexual hasta adquirir los 18 de edad (...). Sucedería lo mismo si una o un adolescente mayor de 14 años reconociera en el registro civil a un hijo suyo, pues en el acto mismo del reconocimiento se estaría convirtiendo en un adolescente en conflicto con la ley penal y siendo como es la violación sexual un delito grave, y tendría que ser detenido y recluido en un centro juvenil con una medida socio educativa y sufriendo los graves efectos que tiene en la personas la privación de la libertad.

2.8. Como se puede ver el numeral 3 del artículo 173 del código penal, presenta problemas de aplicabilidad por cuanto colisiona con el ordenamiento jurídico y con la realidad. Además estaría en conflicto con la razón de ser del Estado, vale decir la autorrealización de sus miembros.

2.9. Coinciden con esta posición CHS Alternativo-OIT 2006³⁸⁵, en su documento de conclusiones sobre al aplicación de la ley 2851 en al administración de justicia, así señalan:

“Conclusiones sobre la claridad y coherencia al interior del cuerpo normativo: la entrada en vigencia de la ley 28704 ha introducido en el sistema legal distorsiones importantes (elevación de la indemnidad sexual hasta los 18 años) que es necesario superar.

2.10. El citado documento señala que (...) [la] Ley 28704 ha impuesto una importante modificación en el ámbito de la aplicación de la ley 28251, pudiéndose concluir que la ley 28704 en la práctica deroga tácitamente diversos tipos penales como el usuario-cliente de explotación sexual infantil.

2.11. Se señala además que:

“El aspecto mas debatible (...) es que considera como violación “presunta” o “estatutaria” el acceso carnal (...) con un (a) adolescente entre catorce y menos de dieciocho años de edad (...) de esta manera el legislador eleva la edad de los titulares de “integridad o indemnidad sexual (...).

La ley 28704 elimina la “libertad sexual” de adolescentes. Esto es contradictorio con las disposiciones del los códigos civil y de los niños y adolescentes que permiten el matrimonio de adolescentes de dieciséis y diecisiete años de edad (art. 241 del Código civil) y el propio código penal que tipifica, por ejemplo, los delitos de seducción (art. 175) y usuario clientes (Art. 179-A).

La ley 28704 establece que el acceso carnal (...) con adolescentes entre catorce y menos de dieciocho constituye violación sexual, esto colisiona con los delitos de seducción y usuario-cliente (...). Su aplicación en la práctica provocaría que cualquier delito contra la libertad sexual cometido contra adolescentes que tengan entre 14 a 18 años de edad sea considerado violación de menores d dejando sin contenido a los nuevos tipos penales que protegían a este segmento poblacional.

Luego (...) existen dos pasibilidades: que los operadores de justicia consideren violación sexual establecida en el artículo 173 numeral 3) modificado por la Ley 27804 absorbe o deroga los demás delitos contra la libertad sexual en agravio de adolescentes, como la seducción y usuario-cliente, pues toda relación sexual (...) con este segmento poblacional sería considerado como violación sexual “presunta” o “estatutaria”, por otro lado, siguiendo los principios del derecho penal, por ejemplo: el de especificidad, se consideraría como violación sólo la relación sexual consentida con adolescentes (...) cuando esta relación sea consecuencia de engaño o prestación económica (...). Esto último convertiría los nuevos tipos penales previstos por la ley 28251 en “puertas de escape” de

³⁸⁵ [1] Situación de la aplicación de la ley N° 2851, para el combate a la explotación sexual comercial infantil. Documento preliminar, agosto 2006.

los autores de violación de menores de edad, pues como se acaba de ver las penas son sensiblemente menores.

2.12. Como alternativa a la modificación del artículo 173, el legislador propone incluir acertadamente un párrafo en el tipo base del artículo 170, relativo a la pena por la violación sexual de adolescentes entre catorce años y menores de 18, la cual se agrava si el agente tiene la cualquier posición, cargo o vínculo familiar que le de particular autoridad sobre la víctima o le impulse a depositar en él su confianza, siendo en este caso de cadena perpetua.

III. CONCLUSIÓN

3.1. Considerando lo expuesto el suscrito es de la opinión que la propuesta de modificación del numeral 3 del artículo 173 del Código penal, resulta relevante en la medida que contribuirá a resolver los problemas señalados en los puntos precedentes.

3.2. En relación a la alternativa de agravar las penas para el delito de violación sexual de adolescentes entre 14 años de edad y menores de 18, si bien el suscrito opina favorablemente por dicha modificación, destaca la necesidad de plantear una revisión y en su caso, modificación de la normativa sustantiva, adjetiva y de ejecución vinculada a la libertad sexual, debido a que las modificaciones parciales que han venido realizando y la graduación de penas establecida no siempre guarda proporción con los bienes jurídicos tutelados y las políticas de Estado frente a la violencia sexual en todas sus expresiones.

Atentamente.

Alberto Arenas
Abogado

El suscrito hace suyo el presente informe.

Director de Niños, Niñas y Adolescentes
MINISTERIO DE LA MUJER Y DESARROLLO SOCIAL

§02. INFORME FAVORABLE DEL MINISTERIO DE JUSTICIA

Asesoría Técnica

Informe N° 131-2007-JUS/AT

A: Dr. Jorge Luis Manrique Campomanes
Jefe del Gabinete de Asesores
De: Walter Hoflich Cueto
Asesor de la Alta Dirección
Asunto: Proyecto de ley para la modificación de los artículos 170, 171, 172, y 173 del Código penal.
Proponente: Congresista Alejandro Rebaza Martell y otros.
Fecha: 14 de mayo de 2007

Tengo el agrado de dirigirme a usted, con relación al asunto de la referencia, a fin de elevar el siguiente informe, para su conocimiento y fines:

I. Análisis

1. La propuesta normativa precisa la modificación del artículo 173 del código penal, referido a la "violación sexual de menores de edad", a fin de que se abroge el numeral tres que establece que si la víctima tiene entre 14 años de edad y menos de 18, la pena será no menor de 25 ni mayor de 30 años.

Consecuentemente, solo devendría en atípico el acto sexual o análogo con una víctima menor de 14 años hasta 18 años, siempre y cuando no haya mediado alguna situación de violencia, amenaza, alteración o dominio de la voluntad y/o la conciencia, porque en tal situación opera lo previsto y sancionado en el código penal, en sus artículos 170, respecto a la violación sexual bajo violencia o grave amenaza, el artículo 171, cuando se trata de violación sexual de persona en estado de inconsciencia o en la imposibilidad de resistir y también el artículo 172, cuando la víctima es incapaz de resistir, por sufrir anomalía psíquica, alteración de la conciencia, retardo mental u otra situación que la haga incapaz de resistir.

2. La propuesta legislativa, abroga un numeral incorporado con la Ley 28704, la misma que incluyó a la víctima entre catorce años de edad, y menores de dieciocho años, dentro de la "intangibilidad e indemnidad sexual".

3. Diversos especialistas e instituciones, han expuesto sus críticas a la citada Ley 28704, y es importante de ellos recoger sus opiniones.

En la organización "DEMUS"- Estudio para la defensa y los derechos de la mujer", (...) manifestaron que] "al penalizar las relaciones sexuales de los adolescentes sin importar el consentimiento, el Estado ha elevado la edad mínima para el consentimiento sexual a la mayoría de edad, es decir dieciocho años.

Recordemos que más de la mitad de adolescentes en el mundo ha tenido relaciones sexuales antes de los 16 años. En el Perú, la Encuesta Demográfica y de Salud familiar 2000 (ENDES 2000) ha establecido que la edad mediana en la que se da la primera relación sexual de las mujeres de 20 a 49 años es a los 19 años, sin embargo esta edad baja a los 17 años cuando son mujeres sin educación o con instrucción primaria. (...), existen estudios que señalan que el inicio de la vida sexual es de los 13

años a 17 años en varones ya los 15 años en mujeres. Actualmente el 10.3% de los adolescentes está unido o casado y el 11,5% es sexualmente activo, esto quiere decir que han tenido relaciones sexuales en las últimas 4 semanas.

Una norma como la publicada criminaliza todas estas relaciones sexuales. Si es que ambas personas son adolescentes se convertirán en infractores, es decir, se verán involucrados en un proceso judicial ante el juzgado de familia que puede determinar el internamiento en Maranga o en el Hermelinda Carrera; si es que nos encontramos ante una pareja conformada por una persona de 17 y otra de 20, la última será sometida a un proceso judicial penal, cuyo objetivo será sancionarla por o menos a 25 años de cárcel”.

4. El problema de las “relaciones sexuales entre adolescentes”, no es tarea a ser revertida por el Derecho Penal, que debe penalizar actos reprochables, pero no comportamientos, propios además del desarrollo de la personalidad y de la opción de ejercer la sexualidad. Debe ante todo, articular una debida educación sexual, frontal y no bajo el disfraz de la moral o el pudor, si se quiere obtener resultados tangibles.

5. Por otro lado, se propone incorporar en los artículos 170, 1714 y 172 del código penal, el párrafo siguiente:

“la pena será no menor de veinticinco ni mayo de treinta años e inhabilitación, si la víctima tiene entre catorce años de edad y menos de dieciocho”.

Con ello se previene una adecuada penalidad para los actos típicos y antijurídicos previstos en los citados artículos, en agravio de las víctimas en el citado rango etareo.

II. OPINIÓN

En consecuencia, considero que la propuesta legislativa, resulta viable,

Atentamente.

Walter Hoflich Cueto
Asesor de la alta Dirección del Ministerio de Justicia

§03. INFORME FAVORABLE DE LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO

OFICIO N° 003-2007-DP/ANA

Lima, 17 de enero de 2007

Señor Presidente

Comisión de Justicia y derechos Humanos- Congreso de la República

Plaza Bolívar s/n

Cercado de Lima.-

De mi consideración:

Me dirijo a usted en relación al proyecto de Ley N° 207/2006-CR, que propone modificar el artículo 173 del Código Penal a fin de excluir (...) a los mayores de 14 y menores de 18 años, y establecer la penalización de los casos de afectación de la libertad sexual de estos menores de edad por violencia o amenaza en el artículo 170 del Código Penal.

(...) La Defensoría del Pueblo ha creado (...) la Adjuntía para al Niñez y la Adolescencia, cuyo objetivo es la defensa de y promoción de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes.

(...) esta nueva adjuntía ve con especial preocupación la afectación de los derechos fundamentales de los adolescentes que se vienen generando (...) [por] la aplicación del artículo 173 del Código Penal , que establece un tipo penal abierto de violación de menores de 18 años de edad, y que en concordancia con (...) [el] artículo 30 de la Ley General de Salud, establece la obligatoriedad de los médicos de poner en conocimiento de la autoridad competente la presunta comisión de hechos de violencia que constituya delito (...) esta situación ha generado la presentación de una queja por parte de la Mesa de Vigilancia por los Derechos Sexuales y Reproductivos.

(...) La Defensoría del Pueblo considera conveniente dar a conocer su opinión sobre la materia con el objeto de (...) garantizar la efectiva vigencia de los derechos humanos de los adolescentes en el país.

1. Reconocimiento de los derechos fundamentales de los adolescentes.

(...) [existe] una tendencia a un (...) mayor reconocimiento de la capacidad de las personas como titulares de derechos y deberes (...) [que] comprende, de un lado, el disfrutar de un derecho (capacidad de goce) y, de otro, el poder ejercitarlo o ponerlo en actuación (capacidad de ejercicio).

El ser titular de esta capacidad implica la posibilidad de ejercitar autónomamente sus derechos y cumplir con sus deberes, teniendo como principal marco de referencia el discernimiento (...), capacidad de la persona de darse cuenta de qué quiere o no hacer y si es bueno o malo, y comprende la (...) volición o posibilidad de realizar un acto propio que manifieste esta decisión³⁸⁶.

(...) la necesaria determinación de la existencia de discernimiento (...) tiene por objetivo principal la seguridad del individuo, quien podría no encontrarse en la posibilidad de determinar libre y voluntariamente la magnitud del acto que se va a realizar ni sus consecuencias³⁸⁷. . Lo expuestos e encuentra (...) vinculado con el respeto del principio de autonomía individual o libre desarrollo de la personalidad expresamente consagrado en el artículo 2 inciso 1) de la Constitución.

³⁸⁶ [1] ESPINOZA ESPINOZA, La capacidad civil de las personas naturales. Tutela jurídica de los sujetos débiles, Lima, Grijley, 1998, en PUCP, Facultad de Derecho, Derecho Civil I. Selección de textos, Lima, 2006, p. 153.

³⁸⁷ [2] Ibidem, p. 154.

En el caso de los niños, niñas y adolescentes. Existe una creciente tendencia a la consagración de normas nacionales e internacionales (...) dedicadas al reconocimiento de su condición de sujetos de derecho, tal es el caso de la Convención de los Derechos del Niño y del Código de los Niños y Adolescentes³⁸⁸, así como a la creación de instancias especializadas para su protección.

(...) diversos autores coinciden en que la edad no puede ser, en el marco de derechos fundamentales, un factor que divida a los seres humanos de tal manera que, por encima de la mayoría de edad se considere que se es "completamente persona", y que por debajo de ella se sea menos persona.

(...) al momento de realizar una valoración de las decisiones existenciales del ser humano (...) debe tenerse en consideración (...) la madurez de juicio del sujeto de derecho independientemente de su edad³⁸⁹, (...) una progresiva madurez (...) suele ir de la mano con el transcurrir de los años (...)[y] existen diversas normas tanto en el Código del Niño y del Adolescente como en el propio Código Civil que reconocen la capacidad de los niños niñas y adolescentes para el pleno ejercicio de sus derechos en diversas situaciones de su vida.

(...) de acuerdo a los lineamientos de política de salud de los adolescentes elaborados por el Ministerio de Salud (...) Resolución Ministerial 07-2005/MINSA, "en términos de grupo etéreo y para efectos del planificación de acciones, esta etapa se ubica entre los 10 y 19 años, reconociéndose dos sub etapas claramente diferenciadas en su interior: 10 a 14 años, adolescencia temprana y 15 a 19 años, adolescencia propiamente dicha. Estas dos sub etapas marcan dinámicas, necesidades y capacidades diferenciadas, frente a las que el Estado debe tener también una oferta diferenciada"³⁹⁰.

(...), tal como reconoce la Organización Panamericana de la Salud, la sexualidad y el bienestar sexual de los adolescentes son componentes integrales de su salud y desarrollo.

*"Todos los seres humanos son intrínsecamente sexuales y el desarrollo sexual evoluciona durante la infancia y la adolescencia, sentando las bases para la salud sexual del adulto. Adaptarse a los cambios sexuales y proteger su salud incluyendo su salud reproductiva es uno de los mayores retos de los adolescentes. El periodo adolescente es un momento oportuno para abordar la salud sexual y las inquietudes sobre la sexualidad con el fin de mejorar la salud general de los jóvenes"*³⁹¹.

(...) la adolescencia constituye una importante etapa (...) en la que no podría, ni dejar de (...) reconocerse la existencia de una realidad en la cual los adolescentes van desarrollando y experimentando sobre su vida sexual y reproductiva.

(...) [en] reconocimiento de esta realidad (...) [la] Ley 27201, (...) [14.11.1999] modificó el artículo 480 del Código Civil estableciéndose el cese de la incapacidad (...) de los mayores de 16 años que obtienen título oficial (...) para ejercer una profesión u oficio o que contraen matrimonio (...). Esta misma norma modifica el artículo 41 del Código Civil estableciendo como excepción a la imposibilidad de los adolescentes de contraer matrimonio, la existencia de motivos justificados, tener un mínimo de 16 años cumplidos y manifestar expresamente su voluntad de casarse.

(...) asimismo (...) mediante la citada Ley 27201 se estableció que, tratándose de mayores de 14 años, cesa la incapacidad a partir del nacimiento de un hijo, para reconocerlos, reclamar o demandar

³⁸⁸ [3] Ley 27337

³⁸⁹ [4] Espinoza Espinoza, Juan, ob. Cit., p. 158.

³⁹⁰ [5] MINISTERIO DE SALUD. Lineamientos de política de salud de los adolescentes, Lima, 2005, p. 17.

³⁹¹ [7] SHULL-AINE, Jessie y MATILDE MADDALÉN. Salud sexual y desarrollo adolescente y joven en las Américas. Implicancias en programas y políticas. Organización panamericana de la salud, 2003, p. 21.

por gastos de embarazo y parto así como demandar y ser parte en los procesos de tenencia y alimentos a favor de sus hijos. Resulta (...) evidente el creciente reconocimiento de la capacidad de ejercicio de los adolescentes sobre la base de un discernimiento que, entre otros factores, responde también a la realidad social en la que viven. Esto resulta (...) acorde a lo expresamente dispuesto por el artículo IV del Título Preliminar del Código del Niño y del Adolescente, en virtud del cual el niño y el adolescente gozan de los derechos especialmente relacionados con su proceso de desarrollo, y tienen capacidad especial para la realización de los actos civiles autorizados por ley. Cabe (...) referir que (...) [es] precisamente sobre la base de esta capacidad de discernimiento que si bien los adolescentes no son penalmente responsables, si responden por las infracciones que cometen contra la ley penal.

(...) resulta imprescindible tener *en* cuenta que esta existencia en los adolescentes de un margen de libertad que requiere ser respetado, debe necesariamente ir de la mano con la obligación estatal de proteger sus derechos, y en este sentido, de intervenir para promover, prevenir y cuidar de su salud con el objeto de garantizar su desarrollo integral. En tal sentido, resulta indispensable la obligación del Estado y de la sociedad en su conjunto de brindarles la educación, información consejería y orientación adecuadas - que comprende lo concerniente a su educación sexual y reproductiva- que contribuyan a la adopción de decisiones informadas y de de una paulatino nivel de madurez física, psicológica y social, ofreciéndoles oportunidades para el ejercicio pleno de sus derechos, respondiendo a sus necesidades y reconociendo sus capacidades. Y es que *"sólo cuando los derechos humanos de los adolescentes son conocidos por ellos mismos y garantizados por la sociedad, ellos tendrán condiciones para desarrollar todas sus capacidades"*³⁹².

Es así que el Código del Niño y del Adolescente reconoce en su artículo 15, inciso g) la obligación estatal de garantizar que la educación básica comprenda la orientación sexual y la planificación familiar. Asimismo, los Lineamientos de política de salud de los adolescentes, con el fin de lograr el pleno desarrollo de sus capacidades físicas, psicológicas y sociales establece entre sus objetivos "garantizar los derechos humanos de los adolescentes en salud, incluidos los sexuales y reproductivos"³⁹³.

En el lineamiento 1 se establece el acceso universal de los adolescentes a una atención integral y diferenciada en los servicios públicos y privados de salud, con especial énfasis en (...) salud sexual y reproductiva (...). Para ello establece entre sus acciones, implementar y fortalecer la atención integral y diferenciada desde los sistemas de aseguramiento público y privado, incluyendo prestaciones relacionadas a su salud sexual y reproductiva, eliminando aquellas barreras que obstaculizan su afiliación y/o atentan contra la confidencialidad"³⁹⁴.

Asimismo, en el lineamiento 3 (...) establece entre las acciones a adoptar con el sector educación desarrollar acciones de educación sexual y consejería, promoviendo (...) el fortalecimiento de los programas de educación sexual y habilidades para la vida"³⁹⁵.

En este contexto, mediante Directiva 001-2006-VMGP/OTUPI, (...) se establece en su punto 5.8.b. que el Programa de Educación Sexual tiene por objeto contribuir a la educación sexual de los estudiantes, "favoreciendo una vivencia saludable, plena, responsable, y sin riesgo de su sexualidad, con un fundamento ético, donde no hay espacio para ninguna forma de discriminación, abuso o explotación, en el marco de los derechos sexuales reproductivos".

Finalmente (...) estas políticas estatales buscan, (...) una mayor educación e información sobre sexualidad y reproducción para los adolescentes, con el objeto de garantizar el reconocimiento de sus derechos (...) si bien se trata de una labor que viene siendo asumida por el Estado de manera

³⁹² [8] Ministerio de Salud, Ob. Cit., pp. 17 y 18.

³⁹³ [9] *Ibidem*, p. 41.

³⁹⁴ [10] *Ibidem* p. 42.

³⁹⁵ [11] *ibidem*, p. 43.

progresiva, ello no podría llevar a (...) en base de una pretendida tutela, vulnerar los derechos fundamentales de muchos adolescentes en el país, situación que viene presentándose a partir de la aplicación de la ley 28704 modificatoria del artículo 173 del código penal, en concordancia con el artículo 30 de la Ley General de Salud.

2. Análisis de la normatividad penal en materia de violencia sexual contra menores de edad.

Mediante ley 28704 (...) se modifica el artículo 173 del código penal (...).

(...) como consecuencia de dicha modificación se considera violación todo acto sexual que se realice con un menor de edad, independientemente de su edad y de si, sobre la base de dicha edad, existió o no consentimiento, situación que lleva a la vulneración de los derechos sexuales de aquellos adolescentes que contando con cierto grado de madurez sexual y física optan por sostener relaciones sexuales de manera libre y voluntaria.

(...)

Por el contrario, existe una edad a partir de la cual el niño o adolescente adquiere discernimiento para la realización de ciertos actos d en su vida, lo que ha llevado a que (...) el Derecho les reconozca dicha capacidad de ejercicio en normas expresas. Es en concordancia con ello que hasta antes de la reforma penal de la ley 28704, en el caso de adolescentes mayores de catorce y menores de dieciocho años de edad, al reconocérseles discernimiento, lo que se protegía era su "libertad sexual". En tal sentido, pudiendo decidir respecto a su vida sexual, sólo se tipifican las conductas que implicaban engaño, explotación sexual o violencia o amenaza.

De esta manera, (...) se consagraba la violación de la indemnidad sexual en todos los casos en que la víctima sea menor de 18 años, lo que resulta contradictorio (...) con las referidas disposiciones del código civil, c "con el propio Código Penal que tipifica, por ejemplo, los delitos de seducción (artículo 175)n y usuario cliente (artículo 179-A)³⁹⁶.

En lo que se refiere a los adolescentes (...), el reconocimiento de su sexualidad responde no sólo a la especial situación física y psicológica que (...) experimentamos a en esta etapa (...) (...) sino también a la propia realidad social en la que los adolescentes viven y que lleva a un reconocimiento de una madurez sexual temprana.

De otro lado (...) este reconocimiento de derechos guarda coherencia con (...) el artículo 20 inciso 8) del Código penal, en virtud del cual está exento de responsabilidad penal el que actúa con el consentimiento válido del titular de un bien jurídico de libre disposición.

Es más, en lo que se refiere al sujeto activo (...) a partir de la modificación (...) en muchos casos se trata de adolescentes que, a partir de haber decidido sostener relaciones sexuales con su pareja también mayor de 14 y menos de 18 años de edad, se convierten en flagrantes infractores de la ley penal. (...)

Otro aspecto (...) es que, en los casos de (...) relaciones sexuales con un adolescente con consentimiento de éste, no podría reducirse prudencialmente la pena cuando el agente tenga más de 18 y menos de 21 años de edad (...), debido a que este beneficio (...), artículo 22 del Código Penal excluye expresamente a quien cometa delito de violación sexual u otro delito sancionado con pena privativa de la libertad no menor de 25 años o cadena perpetua.

³⁹⁶ [13] [CHS Capital Humano y Social Alternativo y Oficina Internacional del Trabajo (OIT). Situación de la aplicación de la Ley 28251, para el combate d y la explotación comercial de niños, niñas y adolescentes, Lima, 2006, p. 27]. *Ibíd*em p. 27.

Cabe tener también en cuenta que, (...) [en el] delito de seducción (...) artículo 175 del Código Penal, en donde (...) no hay violencia ni amenaza sino engaño, y el sujeto pasivo tiene entre 14 y menos de 18 años, existe una tendencia en política criminal que busca se suprima este tipo de delito, opinión que desde 1998 viene siendo sostenida por la Defensoría del Pueblo³⁹⁷.

Por lo expuesto, en opinión de la Defensoría del Pueblo no resulta posible dejar de reconocer capacidad a los mayores de 14 años y menores de 18 para prestar su consentimiento a sostener relaciones sexuales, situación en cuyo caso no puede hablarse de delito de violación (...) la no existir ni violencia ni amenaza (...).

Es por ello que, en los casos en los que si existe libertad sexual, manifestada en el consentimiento para sostener relaciones sexuales por parte del adolescente, no existiría bien jurídico protegido (...) a partir de esta regulación (...) está generando (...) es la restricción y vulneración de dicha libertad sexual, situación que (...) genera la vulneración de otros derechos (...) [como] los de libre desarrollo de la personalidad, intimidad, integridad, entre otros.
(...)

Es más, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley 26842, Ley General de Salud (LGS), el médico que brinda atención a una persona por causa de violencia que constituya delito (...) está obligada a poner el hecho en conocimiento de la autoridad competente. Por su parte el artículo 43 de este mismo cuerpo de leyes señala que la obligatoriedad de aviso (...) está referida a que se comunique al director del establecimiento la naturaleza del acto médico, la causa de la lesión, el deterioro de la salud y otros.

Tal como sostiene n, diversos especialistas, este artículo plantea un conflicto entre bienes [constitucionales] (...) el derecho/deber del secreto profesional médico y paciente (...), artículo 2 inciso 18) de la Constitución y de otro, la denuncia de indicios de la comisión de un delito (...)³⁹⁸.

El secreto profesional (...) médico de mantener reserva sobre aquella información (...) se encuentra (...) vinculado a preservar la confianza de quienes acuden a los servicios médicos (...). Debe (...) recordarse que el artículo 15, literal a) y b) de la LGS, establece los derechos de personas usuarias de servicios de salud al respeto de su (...) dignidad e intimidad, y a exigir la reserva de la información relacionada con el acto médico y su historia clínica, con las excepciones que la ley establece.

Cabe (...) hacer especial referencia que el derecho a la privacidad se encuentra (...) reconocido (...) en el artículo 16 de la Convención sobre Derechos del Niño (...) esta intimidad se encuentra también reconocida (...) en los Lineamientos de políticas de salud de los adolescentes, que consagra la obligación estatal de eliminar las barreras que atentan contra la confidencialidad³⁹⁹.

En la sentido, (...) el citado artículo 30 y el secreto profesional debe solucionarse mediante el (...) método de la ponderación, a partir del análisis del fin legítimo, la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad de la medida. En este caso concreto, la restricción al secreto profesional carece de l

³⁹⁷ [14] Defensoría del Pueblo, Memoria de la Defensoría Adjunta para los Derechos de la Mujer, abril 2001 abril 2005, Lima, 2005, pp. 156-157.

³⁹⁸ [14] ver al respecto, Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos-PROMSEX, Médicos en conflicto. Entre la cura y la denuncia. Artículo 30. Análisis de constitucionalidad de la Ley General de Salud sobre la obligación de médicos y médicas de denunciar, (Autora Erika García Cobán Castro) Lima, octubre 2006, p. 23

³⁹⁹ [17] Ministerio de Salud, ob. Cit, 2005, p. 42.

requisito de necesidad al existir otras medidas menos lesivas del secreto profesional que pueden contribuir a la (...) correcta administración de justicia”⁴⁰⁰.

Toda esta situación se torna más grave (...) teniendo consideración que (...) a partir de la modificatoria del artículo 173 del Código penal la inadecuada tipificación (...) ha comprendido un supuesto en el que no existe bien jurídico (...) en el caso de existir consentimiento del adolescente mayor de 14 años para mantener relaciones sexuales (...) resquebrajando la confianza que debe existir entre el trabajador médico y paciente, situación que afecta directamente sus derechos a la salud y vida si éstos dejan de acudir a un establecimiento de salud por tener que optar entre la necesidad de atención médica y la inminencia d una injusta denuncia penal⁴⁰¹.

De otro lado, es importante tener en cuenta el carácter fragmentario y subsidiario de la intervención punitiva (...). En opinión de la Defensoría del Pueblo deben tenerse en consideración las graves consecuencias de la reacción punitiva, que llevarían (...) a poner innecesariamente en funcionamiento todo el sistema penal, con el correspondiente costo social y económico que ello conlleva.

Finalmente (...) esta situación ha llevado a que en cumplimiento de (...) [de] los artículos 173 del Código p Penal y 30 de la LGS, el Instituto Especializado Materno Perinatal haya emitido la Directiva 039-DG-INMP-06, (...) a partir de la cual se establece la posibilidad de (...) la retención de la adolescente, (...) que vulnera (...) su derecho (...) a la libertad individual (...) (...) [pues] la obligación (...) de poner en conocimiento de la autoridad (...) no implica en ningún caso la posibilidad de retener a las víctimas (...). Tal como sostiene el Tribunal Constitucional⁴⁰², así como la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁴⁰³, los límites o restricciones que pueden imponerse a los derechos fundamentales deben ser necesariamente establecidos sólo por ley en sentido formal, es decir por norma emitida por el Congreso, y además respetando los principios de razonabilidad y proporcionalidad den dicha restricción.

4. Consideraciones finales

Lo expuesto demanda una urgente modificación del artículo 173 del Código Penal, por afectar directamente los derechos fundamentales de los adolescentes como soj su derecho a la dignidad, salud, libertad, libre desarrollo de su personalidad, intimidad, pensamiento, entre otros r, reconocidos tanto por tratados de derechos humanos ratificados por el Perú y por ende de obligatorio cumplimiento, como por la Constitución y leyes nacionales vigentes sobre la materia, en especial el Código de los Niños y Adolescentes.

En este sentido, en opinión de la Defensoría del Pueblo, resulta adecuada la propuesta planteada en el proyecto de Ley 0207/2005-CR, que establece entre los tipos previstos en el artículo 170 a la violación de persona mayor de 14 y menor de 18 en los casos en que medie violencia o amenaza como tipo agravado de delito, eliminando esta figura del artículo 173, que contiene los supuestos sobre intangibilidad e indemnidad sexual.

Es del caso incidir en que esta afectación de los derechos de los adolescentes acaecido a partir de la entrada en vigencia de loas citadas normas legales no pretende de manera alguna desconocer la necesidad de atacar el grave problema de desinformación sexual, del temprano inicio sexual y de embarazo precoces que existe en nuestro país.

⁴⁰⁰ [18] Ver al respecto Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos, ob. Cit., pp. 24 a 26.

⁴⁰¹ [19] Ibidem, pp. 13, 14 y 28.

⁴⁰² [20] STC 1285/2006 caso ejecución de resoluciones judiciales, exp. 4119-2005-PA/TC, fj. 67-70.

⁴⁰³ [21] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-6/86 de 09 de mayo de 1986.

Es importante tener (...) en consideración que todo este problema se encuentra (...) asociado a situaciones de discriminación que afectan (...) a las adolescentes mujeres que pertenecen a sectores (...) desfavorecidos. En tal sentido, su (...) tratamiento requiere de s [la] adopción de diversas acciones y políticas públicas educativas y de sensibilización que, a partir de un trabajo (...) entre los diversos sectores involucrados, estén destinadas a su disminución y erradicación.

Sin embargo queda claro que (...) no puede (...) desarrollarse sobre la base del establecimiento de disposiciones que, en vez de solucionar el problema, afectan flagrantemente la plena vigencia de los derechos fundamentales de los adolescentes.

Y res que sólo sobre la base del interés superior del niño y del adolescente previsto en los artículos 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño y Adolescente, y en estricto respeto a sus derechos se puede brindar una respuesta adecuada a las graves necesidades de salud pública y de educación que enfrenta nuestro país.

(...)

Atentamente

DEFENSORÍA DEL PUEBLO

Adjuntía para la Niñez y Adolescencia